

Dienstbarkeiten und bauliche Ordnung

**Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts - und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Westfälischen Wilhelms - Universität**

vorgelegt von

Jannpeter Zopfs

aus Schleswig

1962

D i e n s t b a r k e i t e n

u n d

b a u l i c h e O r d n u n g

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte

durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
vorgelegt von Jannpeter Zopfs aus Schleswig



1. Berichterstatter: Prof. Dr. Westermann

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Wolff

Dekan: Prof. Dr. Dr. Lukes

Tag der mündlichen Prüfung: 20. Januar 1962

Meiner Frau

Inhaltsübersicht.

§ 1	Aufgabe des Themas	1
1. Teil. Übereinstimmung und Ergänzung		
1. Kapitel. Die Rolle der Dienstbarkeiten in der geschichtlichen Entwicklung des Bauordnungsrechts		
§ 2	Die Entwicklung des Baupolizeirechts zum Baurecht	5
§ 3	Private Bauordnungen	6
§ 4	Verwendung von Dienstbarkeiten durch die Baupolizei	8
2. Kapitel. Übereinstimmung		
§ 5	Die herrschende Ansicht zu gesetzeswiederholenden Dienstbarkeiten	11
§ 6	Bedenken gegen den Grundsatz von der Unzulässigkeit gesetzeswiederholender Dienstbarkeiten	14
§ 7	Zulässigkeit gesetzeswiederholender Dienstbarkeiten bei mangelnder gesetzlicher Berechtigung	16
3. Kapitel. Möglichkeit der Ergänzung		
§ 8	Allgemeine Erscheinungsform der baurechtsergänzenden Dienstbarkeit	19
§ 9	Fälle baurechtsergänzender Dienstbarkeiten in Bauordnungen	23
§ 10	Öffentlich-rechtliche Zulässigkeit der Ergänzung	28
§ 11	Privatrechtliche Zulässigkeit von baurechtsergänzenden Grunddienstbarkeiten	32
§ 12	Privatrechtliche Zulässigkeit von baurechtsergänzenden beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten	37
4. Kapitel. Zweckmäßigkeit der Ergänzung		
§ 13	Bedenken gegen die Zweckmäßigkeit der Ergänzung durch Dienstbarkeiten	43
§ 14	Ergänzung durch Baulasten	49

2. Teil. Kollision

1. Kapitel. Möglichkeit der Kollision

§ 15 Abgrenzung von anderen kollisionsmöglich- lichkeiten	54
§ 16 Die Grundfälle der Kollision	55
§ 17 Eintritt der Kollision	59

2. Kapitel. Möglichkeit der Bestellung baurechts- widriger Dienstbarkeiten

§ 18 Bauordnungsvorschriften als Verbots- gesetze im Sinne des § 134 BGB	62
§ 19 Bedeutung der für die Bestellung von Dienstbarkeiten bestehenden Genehmi- gungserfordernisse	64

3. Kapitel. Bedeutung des Dispenses für die Kollis- sion

§ 20 Kollision durch Dispens	68
§ 21 Verhinderung der Kollision durch Dispens	70

4. Kapitel. Die unechte Kollision

§ 22 Charakterisierung und Wirkung der unechten Kollision	75
§ 23 Frage der Entschädigung für den durch die unechte Kollision eintretenden Rechtsverlust	77
§ 24 Möglichkeiten des Dienstbarkeitsver- pflichteten gegenüber der Bauordnungs- behörde bei Nichteinhaltung der Bau- ordnung durch den Berechtigten	83
§ 25 Möglichkeiten des Dienstbarkeitsver- pflichteten gegenüber dem Berechtigten	87

5. Kapitel. Die echte Kollision

§ 26 Frage des Vorrangs des Bauordnungs- rechts	92
§ 27 Ablösung der Dienstbarkeit bei Ein- tritt der Kollision durch Baugeneh- migung	97
§ 28 Enteignung der bauhindernden Dienst- barkeit	106
§ 29 Kollision durch Baugebot	109

Literaturverzeichnis.

In Klammern ist jeweils angegeben, wie die einzelnen Werke im Text abgekürzt zitiert werden.

- BALTZ-FISCHER: Preussisches Baupolizeirecht, unveränderter Nachdruck der 6. Aufl., Berlin 1954 (BALTZ-FISCHER)
- BAUR, Fritz: Lehrbuch des Sachenrechts, München und Berlin 1960 (BAUR, Sachenrecht)
- BINDSCHEDLER, Ursula: Die Dispensation, Zürcher Diss., Winterthur 1958
- BLÜMEL: Ungereimtheiten beim Rechtsschutz gegen Planfeststellungen, DÖV 59, 665 ff.
- BÖHM, Otto: Die Nachbarklage im Baurecht, BuG 60, 110 ff.
- BRANDI: Berücksichtigung nachbarlicher Verhältnisse auf dem Gebiete der Baupolizei. Verwertung des Grundbuchs und die Praxis des Reichsgerichts, PrVerwBl 1905/06 887 ff.
- BROHM, Winfried: Rechtsschutz im Bauplanungsrecht, Stuttgart 1959 (BROHM, Rechtsschutz)
- BURDET, Sabine: Die Ablösung der Grunddienstbarkeiten, Diss. Bern 1946
- BURI, Eugen: Baurecht, in: Staatslexikon - Recht, Wirtschaft, Gesellschaft - (Herausgegeben von der Görres-Gesellschaft) 1. Band, Sp. 931 ff., 6. Aufl., Freiburg 1957 (BURI im Staatslexikon)
- BUSCH, Joseph: Der Abbruch des Hauses in Mönchen-Gladbach, BuG 58, 35 f. und 55
- CAMMERER: Zum Vollzug des Reichsgesetzes über die Aufschließung von Wohnsiedlungsgebieten durch Notare und Grundbuchamt, DNotZ 1935, 76 ff.
- CLASEN, Heinrich: Der Baudispens und die bauliche Ausnahmebewilligung in Lehre und Rechtsprechung, BuG 58, 399 ff.
- COSACK-MITTEIS: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, 7./8. Aufl., Jena 1924 (COSACK-MITTEIS Bd. 2)
- DITTUS, Wilhelm: Entwurf zu einem Baugesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Hamburg-Altona 1951
- Baurecht im Werden, München und Berlin 1951
 - Grenzen der Anwendbarkeit von Servituten, NJW 54, 1825 ff.
 - Baupolizei ? Sonderdruck des DVBl 1956 - in DVBl 56, 249 ff., 281 ff., 320 ff.

- DITTUS, Wilhelm: Planung und Sozialgebundenheit des Grundeigentums, DVBl 57, 328 ff.
- Zum Erscheinen des Bundesbaugesetzes, DVBl 60, 537 ff.
- DITTUS-ZINKAHN: Baulandbeschaffungsgesetz, Kommentar, München und Berlin 1954
- DREWS-WACKE: Allgemeines Polizeirecht, 6. Aufl., Berlin - Köln 1957 (DREWS-WACKE)
- DROLSHAGEN, Wilhelm: Der Inhalt von Grunddienstbarkeiten nach dem BGB, Diss. Heidelberg 1911
- ENGLÄNDER, Konrad: Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft, Teil I, Grundlegung, Berlin 1914 (ENGLÄNDER, Rechtsgemeinschaft)
- ENGLERT-MANG: Die Bayerische Bauordnung, 11. Aufl., München 1957
- ENNECCERUS-NIPPERDEY: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2 Halbbände, 15. Aufl., Tübingen 1959 und 1960 (ENNECCERUS-NIPPERDEY)
- ERMAN, Walter: Handkommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., Münster 1958 (ERMAN-Bearbeiter)
- ERNST-FRIEDE: Kommentar zum Aufbaugesetz von Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl., Düsseldorf 1958 (ERNST-FRIEDE)
- EYERMANN-FRÖHLER: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, München und Berlin 1960
- FORSTHOFF, Ernst: Norm und Verwaltungsakt im geltenden und künftigen Baurecht, DVBl 57, 113 ff.
- Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München und Berlin 1958 (FORSTHOFF VerwR)
- FRIEDRICHS, Karl: Die Benutzung des Grundbuchs zur Sicherung baupolizeilicher Anforderungen, PrVerwBl 1905/06, 227 f.
- GADOW, Wilhelm: Die Einrede der Arglist, IherJb 84 (1934), 174 ff.
- GELZER: Die Klage des Nachbarn wegen störender Bauvorhaben im öffentlichen Recht, NJW 58, 325 ff.
- Zweifelsfragen zur Nachbarklage im öffentlichen Recht, NJW 59, 1905 ff.
- GÖDERITZ-BLUNCK: Das Aufbaugesetz von Niedersachsen, Göttingen 1950 (GÖDERITZ-BLUNCK Nds.)
- Das Aufbaugesetz von Nordrhein-Westfalen, Göttingen 1951 (GÖDERITZ-BLUNCK NRW)
- GÜTHE-TRIEBEL: Grundbuchordnung, 2 Bände, 6. Aufl., Berlin 1936 und 1937 (GÜTHE-TRIEBEL)
- GUTJAHR, Georg: Die Eintragungsfähigkeit der gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen, Diss. Heidelberg 1904
- HAEGELE, Karl: Die Beschränkungen im Grundstücksverkehr, Frankfurt/M. - Bonn 1950 (HAEGELE)

HAMEL, Walter: Einwirkung privatrechtlicher Gestaltung auf die Handhabung des Baupolizeirechts, ZAKDR 42, 120 f.

Hauptkommission für die Baugesetzgebung beim Bundesminister für Wohnungsbau: Entwurf eines Baugesetzes vom 2. März 1956, Schriftenreihe des Bundesministers für Wohnungsbau Band 7 (BBauGentwurf der Hauptkommission)

- Entwurf eines Baugesetzes - Begründung -, Schriftenreihe des Bundesministers für Wohnungsbau Band 9 (Begründung des BBauGentwurfs der Hauptkommission)

HENGST, Peter: Der nichtige Verwaltungsakt im Verwaltungsverfahren und im Prozeß, Diss. Münster 1960

HENKE-MÖNCH-HORBER: Grundbuchordnung, 6. Aufl., München und Berlin 1959 (HENKE-MÖNCH-HORBER)

HERR, Paul: Unberechtigter Überbau und öffentliches Recht, MDR 57, 340 f.

HEYEN, Erich: Zur Frage der Nichtigkeit und Überprüfbarkeit mangelhafter Verwaltungsakte, SchlHanz 49, 357 ff.

HOENIG, Anton: Grundeigentum und Baufreiheit, Tübingen 1953.

HORSTMANN, Horst: Untersuchungen über die Anwendbarkeit schuldrechtlicher Normen auf dingliche Ansprüche, Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht, Bürgerlichen Recht und Konkursrecht 13. Heft, Stuttgart 1938 (HORSTMANN, Untersuchungen)

HUBER, Ernst Rudolf: Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., 2 Bände, Tübingen 1953 und 1954 (HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht)

JELLINEK, Walter: Verwaltungsrecht, 3. Aufl., unveränderter Nachdruck, Offenburg 1948 (JELLINEK VerwR)

JUNKER, Max: Die Eigentümergrunddienstbarkeit nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Diss. Greifswald 1907

KAUFMANN: Verwaltungsrecht, in: Stengel-Fleischmann: Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Band III, S. 688 ff., 2. Aufl. Tübingen 1914

KEGEL-BALDAUF: Baudispens nur bei Gegenleistung des Bauherrn, Der Städtetag 53, 145 ff.

KLEFFNER, Walter: Fluch und Segen der Dispense, BuG 57, 203 ff.

KNAUP-INGENSTAU: Bundesbaugesetz mit Kommentar, Düsseldorf 1961 - erschienen jedoch schon im Dezember 1960 - (KNAUP-INGENSTAU)

KÖRNER, Gerhard W.: Das Wohnsiedlungsgesetz in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, NJW 59, 130 ff.

LANGE, Heinrich: Allgemeiner Teil, 4. Aufl., München und Berlin 1958 (LANGE)

- LARENZ, Karl: Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 2. Aufl., München und Berlin 1957 (LARENZ, Geschäftsgrundlage)
- LEHMANN, Heinrich: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 11. Aufl., Berlin 1958 (LEHMANN)
- LIERMANN, Edmund: Zur Reform des baulichen Nachbarrechts, in: Bauliches Nachbarrecht, Schriftenreihe des Bundesministers für Wohnungsbau Band 4, S. 43 ff. (LIERMANN, Bauliches Nachbarrecht)
- LUND, Heiner: Heilung fehlerhafter Verwaltungsakte durch Unterwerfung, Diss. Münster 1959
- MEIKEL-IMHOF-RIEDEL: Grundbuchrecht, 3 Bände, 5. Aufl., Berlin 1957, 1958, 1960 (MEIKEL-IMHOF-RIEDEL)
- MEISNER-STERN-HODES: Nachbarrecht im Bundesgebiet und Westberlin, 3. Aufl., Berlin 1956 (MEISNER-STERN-HODES)
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band III, Sachenrecht, Berlin und Leipzig 1888 (Mot. 3)
- MÜHL, Robert: Treu und Glauben im Sachenrecht, NJW 56, 1657 ff.
- MÜLLER, Werner: Der Inhalt der Grunddienstbarkeiten nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Göttingen 1919
- MÜLLER-HEIDELBERG-CLAUSS: Das Niedersächsische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2. Aufl., Göttingen 1956 (MÜLLER-HEIDELBERG-CLAUSS)
- NEBINGER, Robert: Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Stuttgart 1949 (NEBINGER VerwR)
- NÖLDEKE, Arnold: Hamburgisches Landesprivatrecht, Halle 1907 (NÖLDEKE)
- PALANDT: Bürgerliches Gesetzbuch, 19. Aufl., München und Berlin 1960 (PALANDT-Bearbeiter)
- PATHE, Karl: Die westdeutschen Aufbaugesetze, DVBl 50, 33 ff.
- PIETZONKA: Der baurechtliche Dispens, NJW 57, 1582 ff.
- Der Einzelne und die Gemeinschaft in baurechtlicher Sicht, DVBl 59, 87 ff.
 - Bauanpassungszwang und private Nachbarrechte, NJW 59, 755 ff.
- PLANCK's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Dritter Band, Sachenrecht - 2 Halbbände - 5. Aufl., Berlin 1933 und 1938 (PLANCK-Bearbeiter)
- POHL, Werner: Planungs-, Boden- und Baurecht, in: Peters: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band II, S. 487 ff., Berlin - Göttingen - Heidelberg 1957
- Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 3, Berlin 1899 (Prot. 3)

- RAHM: Anmerkung zu einem Urteil des Kammergerichts,
JW 21, 585
- REDEKER, K.: Nachbarklage - öffentlich-rechtlich oder
zivilrechtlich?, NJW 59, 749 ff.
- RGRK: Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten
und Bundesrichtern: Das Bürgerliche Gesetzbuch,
1. und 3. Band, 10. Aufl., Berlin 1953 und 1954
(RGRK-Bearbeiter)
- RICHTER, Walter: Ausnahme - Befreiung, DÖV 59, 290 ff.
- ROQUETTE, Hermann: Das Wohnraumbewirtschaftungsgesetz,
Kommentar, Tübingen 1953 (ROQUETTE, WBewG)
- SCHÖNKE, Adolf: Das Rechtsschutzbedürfnis, Prozeßrecht-
liche Abhandlungen Heft 17, Detmold - Frankfurt a.M.
- Berlin 1950
- SCHÖNKE-SCHRÖDER: Strafgesetzbuch, Kommentar, 9. Aufl.,
München und Berlin 1959 (SCHÖNKE-SCHRÖDER)
- SCHRADE, Werner: Die Grunddienstbarkeit, Diss. Freiburg
1951 (SCHRADE, Grunddienstbarkeit)
- SCHÜTZ-FROHBERG: Kommentar zum Bundesbaugesetz, Neuwied -
Berlin - Darmstadt 1960 (SCHÜTZ-FROHBERG)
- SIEBERT, Wolfgang: Verwirkung und Unzulässigkeit der
Rechtsausübung, Marburg 1934 (SIEBERT, Verwirkung)
- Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, in:
Festschrift für Niedermayer, S. 215 - 247,
Göttingen 1953 (SIEBERT, Festschrift)
 - Faktische Vertragsverhältnisse, Karlsruhe 1958
- SOERGEL-SIEBERT: Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1 und 3,
9. Aufl., Stuttgart 1960 (SOERGEL-SIEBERT oder
SIEBERT-Bearbeiter)
- SOHM, Rudolph: Institutionen - Geschichte und System des
Römischen Privatrechts -, 15. Aufl., München und
Leipzig 1917 (SOHM, Institutionen)
- STAUDINGER: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. und 3.
Band, 11. Aufl., Berlin 1956 und 1957 (STAUDINGER-
Bearbeiter)
- SUREN, Friedrich-Karl: Begrenzung des Inhalts der Grund-
dienstbarkeiten, Diss. Breslau 1918
- THIEL, Fritz: Baupolizeirecht, Berlin 1938
- TUREGG, Kurt Egon von: Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
3. Aufl., Berlin 1956 (TUREGG, Verwaltungsrecht)
- VENEDIGER, Günther: Die Eigentümergrunddienstbarkeit,
Diss. Berlin 1936
- WEBER, Werner: Eigentum und Enteignung, in: Neumann-Nipper-
dey-Scheuner: Die Grundrechte, Band 2 S.331 - 399,
Berlin 1954 (WEBER in Neumann-Nipperdey-Scheuner Bd2)
- Weinheimer Gutachten: Gutachten über die Erfordernisse
der Bau- und Bodengesetzgebung, Schriftenreihe des
Bundesministers für Wohnungsbau Band 1,
(Weinheimer Gutachten)

- WENDT: Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, AcP 100 (1906), 1-417
- WESTERMANN, Harry: Die Bestimmung des Rechtssubjekts durch Grundeigentum, Heide 1942
- Die Forstnutzungsrechte, Hannover 1942
 - Nachbarrechtliche Vorschriften in einem Bundesbaugesetz, in: Bauliches Nachbarrecht, Schriftenreihe des Bundesministers für Wohnungsbau Band 4, S. 9 - 42 (WESTERMANN, Bauliches Nachbarrecht)
 - Lehrbuch des Sachenrechts, 4. Aufl., Karlsruhe 1960 (WESTERMANN SR)
- WIEACKER, Franz: Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, in: Recht und Staat, Heft 193/194, Tübingen 1956 (WIEACKER, Präzisierung)
- WIETHAUP, Hans: Zur Rechtsstellung der Bauaufsichtsbehörden, BuG 60, 156 ff.
- Die Lärmbekämpfung in rechtlicher Sicht, DVBl 59, 240 ff.
 - Rechtsfolgen aus der Umklassifizierung und Herabzonung von Baugebieten, MDR 59, 12 ff.
- WOLFF, Hans J.: Der Abwendungsanspruch, in: Festschrift der Westfälischen Verwaltungsakademie, S. 119 - 136, Münster, Berlin, Bad Godesberg 1950
- Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, AÖR 76 (1950), 205 - 217
 - Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten, MDR 51, 523 ff.
 - Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., München und Berlin 1959 (WOLFF VerwR)
- WOLFF-RAISER: Sachenrecht, 10. Bearbeitung, Tübingen 1957 (WOLFF-RAISER)
- WULFF, Albert: Hamburgische Gesetze und Verordnungen, 2. Aufl., bearbeitet von Kannengießer und Nöldeke, Band 1 - 4, Hamburg 1902 - 05 (WULFF)
- ZINKAHN, Willy: Vorwort zum BBauGentwurf der Hauptkommission, in: Schriftenreihe des Bundesministers für Wohnungsbau Band 7, S. V - XII
- Baurechtliche Vorschriften des Bundes und der Länder, Loseblattsammlung, München und Berlin 1957 (ZINKAHN)

Abkürzungsverzeichnis.

Wenn nicht anders angegeben, werden die periodisch erscheinenden Fundstellen nach Jahr und Seite zitiert.

a. a. O.	am angegebenen Orte
Abs.	Absatz
AG	Amtsgericht
Anm.	Anmerkung
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
Bad.	Baden, badisch
BauO	Bauordnung
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BBauG	Bundesbaugesetz v. 23. 6. 1960 (BGBl I 341)
Bd	Band
Bem.	Bemerkung
Bestr.	Bestritten
Betr.	Der Betrieb
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof; mit Bd u. S.: Entscheidungssammlung des BGH in Zivilsachen
BuG	Bauamt und Gemeindebau
BVerfG	Bundesverfassungsgericht; mit Bd u. S.: Entscheidungssammlung des BVerfGs
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht; mit Bd u. S.: Entscheidungssammlung des BVerwG
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristenzeitung (Jahr u. Sp.)
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DÖV Bad.Württ.	Baden - Württembergisches Verwaltungsblatt, Landesbeilage der Zeitschrift: Die öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
EBauO (pl. Land)	Preußische Einheitsbauordnung für Städte v. 25. 4. 1919 (für das platte Land v. 22. 3. 1931)

ff.	und die folgenden Seiten
Fußn.	Fußnote
G	Gesetz
GA	Goldtammers Archiv
GBO	Grundbuchordnung
GS	Gesetzessammlung
Hamb.	Hamburgisch
HansGZ	Hanseatische Gerichtszeitung
h. M.	herrschende Meinung
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung (Jahr, Nr.)
i. e.	im einzelnen
IherJb	Iherings Jahrbücher (Bd u. S.)
JDR	Jahrbuch für Deutsches Recht
JFG	Jahrbuch für Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts (Bd u. S.)
JW	Juristische Wochenschrift, ab 1. 4. 1939 vereinigt mit DR
KG	Kammergericht
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des KG Teil A (Bd u. S.)
LG	Landgericht
LVG	Landesverwaltungsgericht
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (Jahr u. Sp.)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Nds.	Niedersachsen, Niedersächsisch
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NdsRpfl	Niedersächsische Rechtspflege
NRW	Nordrhein-Westfalen
o.	oben
OBG	Nordrhein-Westfälisches Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden v. 16. 10. 1956 - Ordnungsbehördengesetz
OLG	Oberlandesgericht; mit Bd u. S.: Entscheidungssammlung der Rechtsprechung der OLGe
OVG	Oberverwaltungsgericht
PROVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht; mit Bd u. S.: Entscheidungssammlung des PROVG
PrPVG	Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz v. 1. 6. 1931

PrVerwBl	Preußisches Verwaltungsblatt
Rdn.	Randnote
Recht	Das Recht (Jahr u. Nr.)
RG	Reichsgericht; mit Bd u. S.: Entscheidungssammlung des RG in Zivilsachen
RGBl	Reichsgesetzblatt
Ruhr	Siedlungsverband Ruhrkohlenbezirk
RuPrVerwBl	Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt
RVerwG	Reichsverwaltungsgericht; mit Bd u. S.: Entscheidungssammlung des RVerwG
s.	siehe
SchlHanz	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SOG	Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung v. 21. 3. 1951
Sp.	Spalte
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung (Bd u. S.)
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VOBl	Verordnungsblatt
WBewG	Wohnraumbewirtschaftungsgesetz v. 31. 3. 1953
Württ.	Württemberg, Württembergisch
ZAKDR	Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch v. 10. 12. 1907
Ziff.	Ziffer
ZVG	Zwangsversteigerungsgesetz v. 24. 3. 1897

§ 1 Aufgabe des Themas

Die Freiheit des Grundeigentümers, "mit der Sache nach Belieben zu verfahren" (§ 903 BGB), ist heute keine wirkliche Freiheit mehr. Besonders wenn es um die Bebauung des Grundstückes geht¹, ist sie ein bis ins einzelne geregeltes "Ausnutzendürfen"². Jedes, auch ein relativ bedeutungsloses Bauvorhaben muß mit den in verschiedenen Gesetzen aufgestellten Anforderungen der öffentlichen Ordnung übereinstimmen. An erster Stelle ist dabei das Bundesbaugesetz vom 23. 6. 1960 (BGBl I 341) zu nennen³. Allerdings sind die Einzelbestimmungen über Art und Maß der baulichen Nutzung und über Ausführung des Bauwerks in den kommunalen oder Landesbauordnungen⁴ und jetzt vor allem in den Bebauungsplänen⁵ zu finden. Aber auch im BBauG gibt es viele Bestimmungen, die für das Einzelbauwerk von Bedeutung sind⁶. Ferner sind die im Aufhebungskatalog des § 186 BBauG nicht angeführten Reichsgesetze und -verordnungen zu beachten, also z.B. die Reichsgaragenordnung⁷. Die Summe der Anforderungen des öffentlichen Interesses an ein Einzelbauwerk - früher Baupolizeirecht, heute

¹ Zur Frage, ob überhaupt von einer Baufreiheit ausgegangen werden kann, vgl. HOENIG, Grundeigentum und Baufreiheit, Tübingen 1953 (ablehnend), sowie insbesondere zum Stand der Meinungen BROHM, Rechtsschutz S. 69 ff. mit weiterem Nachweis.

² ERMAN-SEIBERT Bem. 3 vor § 903

³ Über seine Entstehungsgeschichte vgl. DITTUS DVBl 60, 537 ff. und ZINKAHN im Vorwort zum BBauG Entwurf der Hauptkommission.

⁴ ZINKAHN Nr. 660-669 c

⁵ Bei Inkrafttreten des BBauGs bereits bestehende baurechtliche Vorschriften und Pläne gelten, soweit sie Bebauungsplanregelungen enthalten, als Bebauungspläne. § 173 Abs. 3 BBauG

⁶ Regelung der baulichen und sonstigen Nutzung, 1. Abschnitt des 3. Teiles

⁷ ZINKAHN Nr. 380

Bauordnungsrecht oder Bauwerksrecht genannt⁸ - kann man unter dem Begriff bauliche Ordnung zusammenfassen⁹.

Diese gesetzlich normierte bauliche Ordnung erreicht einen erheblichen Wirkungsgrad und läßt der Privatgestaltung nur noch einen geringen Raum¹⁰.

Jedoch besteht auch auf privater Seite häufig ein starkes Bedürfnis nach bestimmter baulicher Gestaltung. Besonders für den Nachbarn des bauwilligen Grundeigentümers hängt nicht selten der ausreichende Zutritt von Licht und Luft, die Zugänglichkeit, ja sogar die bauliche Ausnutzung des eigenen Grundstücks von der baulichen Gestaltung des Nachbargrundstücks ab. Deswegen versucht er in Form von privaten Vereinbarungen auf das Baugeschehen Einfluß zu nehmen. Da es sich bei der Regelung des Baugeschehens um die Festsetzung von praktisch immerwährenden Zuständen handelt, hat er ein besonderes Interesse an dinglich gesicherten Vereinbarungen in Form von Gebäudedienstbarkeiten.

⁸Vgl. POHL in PETERS, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis Bd. II S. 514; DITTUS, Baupolizei? S. 12 hat folgerichtig die Bezeichnung Bauwerksrecht vorgeschlagen, die z.B. von PIETZONKA NJW 59, 755 ff. übernommen wurde.

⁹Allerdings wird von DITTUS-ZINKAHN, Baulandbeschaffungsgesetz, die Auffassung vertreten (S. 67), daß der Begriff "geordnete Bebauung", der mit dem Begriff bauliche Ordnung gleichzusetzen ist, umfassender sei als das Bauordnungsrecht, weil er über die Betrachtung des Einzelbauvorhabens hinausgehe und die Vielheit der Gebäude in ihrer Zusammen- und Zueinanderordnung erfasse. Um insoweit kein Mißverständnis aufkommen zu lassen, ist auch für die Überschrift der Begriff bauliche Ordnung verwandt worden. Jedoch ergeben sich auch und gerade die bauordnungsrechtlichen Anforderungen aus der Stellung des Einzelbauwerks im gesamten Baugebiet, so daß im Grunde ein begrifflicher Unterschied nicht besteht.

¹⁰Das ergibt sich deutlich aus dem von § 9 BBauG vorgeschriebenen Inhalt des Bebauungsplans.

¹¹Mit Recht hält SCHRADE, Grunddienstbarkeit S. 5 der Definition von WOLFF (ebenso WOLFF-RAISER S. 430): "Dienstbarkeiten sind dingliche Rechte auf inhaltlich beschränkte Nutzung" entgegen, daß der Nießbrauch hinsichtlich der Nutzung nicht beschränkt ist.

Die Dienstbarkeit ist ein beschränktes dingliches Recht auf Nutzung einer Sache oder eines Rechts¹¹. Grunddienstbarkeit und beschränkte persönliche Dienstbarkeit sind Spielarten einer Rechtsform¹², nämlich eines nur an Grundstücken möglichen Nutzungsrechts beschränkten Inhalts¹³.

Weil nach Wegfall des persönlich Berechtigten die beschränkte persönliche Dienstbarkeit erlischt, ist die dauerhafteste und deshalb gebräuchlichste private Regelung baulichen Geschehens die Gebäudegrunddienstbarkeit¹⁴. Dazu gehören als wichtigste Rechte: Ausichts-, Licht- und Fensterrechte, Dachtraufenrechte, Stützrechte, Rechte darauf, daß das Nachbargrundstück nicht oder nur in gewisser Höhe und Breite oder in gewissem Stil bebaut werden darf. Auch die Wege-, Fahr- und Leitungsrechte gehören zu den Gebäudegrunddienstbarkeiten im weiteren Sinne¹⁵.

Auf die Regelung des baulichen Geschehens hinsichtlich der Einzelbauwerke wirken demnach sowohl die öffentlich-rechtlichen Vorschriften der baulichen Ordnung als auch private Vereinbarungen in Form von Dienstbarkeiten ein. So kommt es zu einem Zusammentreffen, zu einer Konkurrenz von privatem und öffentlichem Recht. Unter dem Thema "Dienstbarkeiten und bauliche Ordnung" soll versucht werden, die gegenseitige Beeinflussung dieser Regelungen, ihr Verhältnis zueinander darzustellen.

Die Fälle, in denen beide Arten der Regelung ohne Zusammentreffen oder Überschneidung nebeneinander bestehen können, in denen also keine Beziehung vorhanden ist, scheiden als für das Thema bedeutungslos aus.

¹¹ s. vorhergehende S.

¹² WESTERMANN, SR. § 123 I 1 ¹³ SCHRADE, Grunddienstbarkeit S.6

¹⁴ Im römischen Recht, aus dem - die Mischformen des gemeinen Rechts weitgehend vermeidend - die Grunddienstbarkeit des BGB herausgebildet wurde (vgl. SCHRADE, Grunddienstbarkeit S.1ff; STAUDINGER-RING Einl.I zum 5. Abschnitt), unterschied man lediglich zwischen servitutes rusticorum und servitutes praediorum urbanorum (SOHM, Institutionen S. 442).

Sobald aber beide Regelungen sich überschneiden - was bei der Intensität der baulichen Ordnung praktisch immer der Fall sein wird - besteht zwischen ihnen eine Beziehung, die entweder positiv oder negativ sein kann. Die Regelung durch eine Grunddienstbarkeit steht positiv zur öffentlich-rechtlichen Regelung, wenn sie ihr nicht widerspricht. Das ist der Fall, wenn sie sie wiederholt oder sie weiterführt, ergänzt. Das negative Verhältnis bedeutet demgemäß eine der baulichen Ordnung zuwiderlaufende Regelung durch die Dienstbarkeit. Das positive Verhältnis kann man als Übereinstimmung oder Ergänzung, das negative als Kollision der beiden Regelungen bezeichnen.

Da die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten gemäß § 1090 BGB den Grunddienstbarkeiten im wesentlichen entsprechen, wird im folgenden in der Regel nur auf die Grunddienstbarkeiten eingegangen. Die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten werden nur dann besonders behandelt, wenn ihre Eigenart das erfordert.

¹⁵ Zusammenstellungen der hauptsächlichlichen Gebäudegrunddienstbarkeiten finden sich bei WOLFF-RAISER S. 449 (Gebäudegerechtigkeiten S. 450) und MEISNER-STERN-HODES S. 391 ff. mit zahlreichem Nachweis.

1. Teil

Ü b e r e i n s t i m m u n g u n d E r g ä n z u n g

1. Kapitel Die Rolle der Dienstbarkeiten in der geschichtlichen Entwicklung des Bauordnungsrechts¹.

§ 2 Die Entwicklung des Baupolizeirechts zum Baurecht

Die Notwendigkeit einer baulichen Ordnung als Ausgleich der widerstrebenden baulichen Interessen der einzelnen Bauwilligen untereinander und gegenüber dem Interesse der Gemeinschaft besteht seit der Gründung von Gemeinschaftssiedlungen. Im römischen Recht entstanden als Mittel einer baulichen Ordnung die Urbanalservituten (Gebäudedienstbarkeiten)². Sie gehörten dem Privatrecht an und wurden zu Gunsten des Eigentümers eines bestimmten Grundstücks bestellt. Im Sinne eines Befolgens der Forderungen der Gemeinschaft findet sich eine bauliche Ordnung bereits in den Stadtrechten des Mittelalters. Dabei ging es besonders um einen wirksamen Feuerschutz, der wegen der oft verheerenden Stadtbrände notwendig war. Unverkennbar ist eine Ordnung des Baugeschehens bei den planmäßigen Stadtgründungen des Absolutismus³.

Verhältnismäßig spät jedoch findet sich erst eine umfassende Regelung des baulichen Geschehens als Kodifikation des Bauordnungsrechts und des Planungsrechts. Als der Liberalismus in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts mit seiner Beschränkung auf

¹ Zur Geschichte des Baurechts vgl. i.e. Abschnitt II des Weinheimer Gutachtens (S. 9 - 17) und insbesondere die gute Zusammenfassung von BURI im Staatslexikon Bd.I Sp. 931

² SOHM, Institutionen S. 442

³ Im absolutistischen Staat galten die planmäßigen Städtegründungen als Manifestation des Landesherrlichen Willens (BROHM, Rechtsschutz S. 18).

polizeiliche Kontrolle im Sinne der Gefahrenabwehr dem zügellosen Baustreben des Einzelnen freien Lauf ließ, brachte diese Zeit der größten Bauentfaltung ein ungeordnetes, gemeinschaftswidriges und häßliches Bauen mit sich⁴. Die Bauordnungen galten häufig nur für einzelne Gebiete oder auch nur Stadtteile. Sie beschränkten sich zumeist darauf, bereits erkannte Fehlentwicklungen abzuschwächen oder zu unterbinden. Selten waren sie Teile einer vorausschauenden Planung und gewährleisteten vielfach nicht eine vollkommene Aufsicht über das bauliche Geschehen. So mußte der Gesetzgeber am Ende des 19. Jahrhunderts auf dem Gebiete der Bauordnung seine liberale Zurückhaltung aufgeben. Nach und nach wurde deutlich, daß bauliche Vorschriften nicht nur aus Gründen der Gefahrenabwehr, sondern ebenso im Interesse einer planvollen, ästhetisch annehmbaren, überhaupt einer geordneten Bauweise notwendig wurden.⁵ So entwickelte sich aus dem Baupolizeirecht nach und nach das Planungsrecht und schließlich das heutige allumfassende Baurecht, von dem das Bauordnungsrecht nur ein Teil ist.

§ 3 Private Bauordnungen

Wenn die ordnende öffentliche Regelung fehlte, lückenhaft war, oder wenn man hinsichtlich ihres Bestandes kein Vertrauen hatte¹, versuchten nicht selten Privatpersonen - Grundeigentümer oder Parzellierungsgesellschaften - eine Art bauliche Ordnung dadurch zu schaffen, daß sie für ein größeres Baugelände ein Netz wechselseitiger Grunddienstbarkeiten bestellten.

⁴TUREGG, Verwaltungsrecht S. 378; BROHM, Rechtsschutz S. 19

⁵TUREGG, Verwaltungsrecht S. 378; Weinheimer Gutachten S. 13

¹VENEDIGER, Die Eigentümergrunddienstbarkeit, Diss. Berlin 1936, S. 28.

Diese hatten zum Inhalt, daß die Grundstücke nur nach Maßgabe eines in der Eintragungsbewilligung enthaltenen Bebauungsplanes bebaut werden durften. Je nach der Umgebung des zu ordnenden Baugebietes oder nach dem Willen der ordnenden Hand setzte der Plan z.B. Fluchtlinien, Größe, Stil und Benutzungsart der Gebäude² usw. fest. Häufig wollte man auch nur durch Festlegung des Charakters des Baugebietes als Villengebiet bei dem Verkauf der Grundstücke höhere Preise erzielen³. Als berechtigtes Grundstück waren alle übrigen Grundstücke oder ein bestimmtes, dem Ordner verbleibendes Grundstück angegeben.

Daß diese Fälle eines Netzes von Dienstbarkeiten keine Seltenheit waren⁴, geht insbesondere aus der Argumentation bei dem Streit um die Zulassung der Eigentümergrunddienstbarkeit hervor. Das praktische Bedürfnis einer Bejahung der Eigentümergrunddienstbarkeit wurde immer wieder hauptsächlich an Fällen verdeutlicht, in denen z.B. ein Siedlungsunternehmen bei der baulichen Erschließung seines Baugebietes die einzelnen Parzellen zur Schaffung einer baulichen Ordnung oder zur Wertsteigerung mit entsprechenden Dienstbarkeiten belegen wollte⁵.

Die Funktion eines solchen Netzes von Dienstbarkeiten als bauliche Ordnung wurde manchmal sogar dadurch bestätigt, daß der Gesetzgeber später die Forderungen der Dienstbarkeiten als öffentliche Bauordnung übernahm⁶.

²Bei dem Sachverhalt in RG 159, 193 ff. ging es um die Schaffung einer Landhaussiedlung.

³DITTUS, NJW 54, 1827

⁴Weitere Fälle in Hamburg: die sogenannten "Klosterlandbedingungen", die gerichtsbekannt waren und gesetzähnlich angewandt wurden, dazu NÖLDEKE, S. 559; HansGZ 1893, 137, weiter NÖLDEKE, S. 545 und 559. In Berlin: KG in OLG 31, 336; RG in DJZ 1907 Sp. 129.

⁵JUNKER, Eigentümergrunddienstbarkeit, Diss. Greifswald 1907, S. 82/83; VENEDIGER, Eigentümergrunddienstbarkeit, Diss. Berlin 1936, S. 27; STAUDINGER-RING Anm. 7 zu § 1018; COSACK-MITTEIS Bd. 2 § 64 I 3 a

⁶Vgl. die Fälle RG 159, 193 ff..u. Pr.OVG 67, 382 ff.

§ 4 Verwendung von Dienstbarkeiten durch die Baupolizei

Da im Beginn der Entwicklung des Baupolizeirechts noch keine strenge Scheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht gemacht wurde und Dienstbarkeiten von jeher schon zur Regelung der Anforderungen an Bauwerke benutzt worden waren, lag die Verwendung von Dienstbarkeiten durch die Baupolizei neben oder statt öffentlich-rechtlicher Verbote oder Gebote nahe¹. Die Baupolizei mußte in einem Bereich tätig werden, in dem es nicht um nur für die Gegenwart bedeutsame Eingriffe ging. Vermutlich spielte auch für die Baupolizei die Erwägung eine Rolle, daß bei der schnellen Entwicklung auf dem Gebiete des Bauwesens immer neue Regelungen dieses Gebietes zu erwarten waren². Hinzu kam das Bedürfnis, gewisse Baubeschränkungen offenkundig zu machen, die auf die Wertschätzung von Baugrundstücken einschneidenden Einfluß hatten, damit jeder Käufer über den Grad der Beschränkung seines Bauvorhabens informiert wurde.

Besonders deutlich wird die Bedeutung der Dienstbarkeiten für das Baupolizeirecht in dessen Entwicklungszeit am Beispiel des Hamburgischen Baupolizeirechts. Dieses hat sich aus rein privatrechtlichen Anfängen entwickelt³. Derjenige, der im öffentlichen Interesse eine bauliche Ordnung zu schaffen bemüht war, trat dem Bauherrn mit Privatrechtsinstituten und auf der Basis der

¹ Es sind viele Urteile veröffentlicht, in denen die Heranziehung von Dienstbarkeiten durch die Baupolizei deutlich wird: z.B. RG JDR 6, 398 = HansGZ 1907, 42; OLG Karlsruhe JFG 4, 378; BayObLG Recht 1910 Nr. 3511; KGJ 47, 185; KG in OLG 34, 225 und 41, 172; RG Recht 1907 Nr. 2743.

² Vgl. o. § 3 FuBn. 1, weiter GÜTHE-TRIEBEL Bd. II S. 1850 unten: ".... kann ... durch die Erwägung, daß die Abänderung solcher Verordnungen (Baupolizeiverordnungen) nicht selten erfolgt, die Eintragungsfähigkeit nicht gerechtfertigt werden."

³ Dazu NÖLDEKE 411, FuBn. 2.

Gleichordnung entgegen⁴. Insbesondere wurden die Bestimmungen über die gemeinrechtlichen Servituten auf die öffentlich-rechtlichen Verhältnisse übertragen.

So kam es dazu, daß es auch noch unter der Geltung des BGB öffentlich-rechtliche Baubeschränkungen gab, die als Grunddienstbarkeiten bezeichnet und auch nach den entsprechenden privatrechtlichen Vorschriften behandelt wurden, deren öffentlich-rechtlicher Charakter aber andererseits hervorgehoben wurde⁵.

Als solche Baubeschränkungen sind insbesondere die Baulinien und die Forderung nach einer Mindesthöhe der Kellerfußböden über Normal Null zu nennen.

Baulinien, die die Unbebaubarkeit der davorliegenden Fläche mit sich brachten, wurden gesetzlich auferlegt⁶ oder auch rechtsgeschäftlich zu Gunsten des Staates als Dienstbarkeiten bestellt⁷. Die Rechtsprechung behandelte diese Baubeschränkung als Servitut, auf welche die ^{für} römisch-rechtliche Grunddienstbarkeiten geltenden Rechtssätze nach gemeinem Recht anzuwenden waren, obwohl es sich

⁴Noch aus einer Entscheidung des OLG Hamburg aus dem Jahre 1893 (HansGZ 1893, 137) geht hervor, daß vom Hamburgischen Staat die Baubeschränkungen für ein ihm gehöriges Baugelände bei der Parzellierung in Form eines Netzes von Grunddienstbarkeiten festgelegt worden waren, ähnlich der in § 3 erörterten privaten Bauordnung.

⁵NÖLDEKE, S. 414 unten und 415 oben, sowie Fußnote 29

⁶§ 105 des Hamb. Baupolizeigesetzes vom 23. 6. 1882 (WULFF II S. 64 ff) bezeichnete sie als gesetzliche Dienstbarkeiten. Nach Einführung des BGB war man sich allerdings darüber klar, daß es sich nicht um eine gesetzliche Dienstbarkeit handeln konnte, vgl. WULFF II S. 114, Fußn. 4.

⁷NÖLDEKE, S. 415; WULFF II S. 112, Fußn. 5 (S.113); OLG Hamburg HansGZ 1888 S. 264; HansGZ 1890, 395.

⁸WULFF II S. 112, Fußn. 5 (S. 113); OLG Hamburg HansGZ 1889, 145; 1890, 255: "...eine nicht des Nachbar- sondern des öffentlichen Nutzens aller Straßenbewohner wegen derselben Straße auferlegte öffentlich-rechtliche Servitut. Nichtsdestoweniger ist die Ähnlichkeit mit den römischrechtlichen Realservituten eine so große, daß das Gericht

um "öffentlich-rechtliche Servituten" handelte⁸. Eine Eintragung in das in Hamburg schon vor 1900 bestehende Grundbuch war nicht notwendig, da Grunddienstbarkeiten auch ohne Eintragung entstehen konnten⁹. Auch die Dienstbarkeiten, die eine Mindesthöhe der Kellerfußböden forderten¹⁰, wurden immer¹¹ für zulässig und eintragungsfähig angesehen unter Anwendung des auf Grund Art. 111 EGBGB und des früheren § 83 (heute § 117) GBO in Kraft gebliebenen Hamburgischen Rechts. Dabei ist aber schon die Tendenz spürbar, diese grundbuchlichen Eintragungen nicht mehr als öffentlich-rechtliche Dienstbarkeiten, sondern als Baubeschränkungen zu bezeichnen. Neben diesen öffentlich-rechtlichen Servituten gab es auch Grunddienstbarkeiten, die zwar zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers des Nachbargrundstücks bestellt wurden, aber auf Vorschriften des Baupolizeigesetzes beruhten und nicht ohne Genehmigung der Baupolizei gelöscht werden durften.¹² Der Zusatz im Grundbuch, daß die Dienstbarkeit nicht ohne Einwilligung der Baupolizei gelöscht werden durfte, bedeutete praktisch, daß die Dienstbarkeit nicht nur zu Gunsten des Nachbargrundstücks, sondern auch zu Gunsten des Staates bestellt wurde¹³, daß es sich also um gleichlautende Rechte für zwei

⁸(Fortsetzung von S. 9) kein Bedenken haben kann, ... die Baulinie den rechtlichen Grundsätzen, welche in Betreff der privatrechtlichen Realservituten gelten, zu unterstellen." Ebenso OLG Hamburg HansGZ 1905, 73 (74).

⁹NÖLDEKE, S. 368, 370, 544 f.

¹⁰OLG Hamburg HansGZ 1909, 223 (=Recht 1919 Nr. 2266) 1915, 73; 1917, 139; RG LZ 1921, 106.

¹¹Mit Ausnahme einer Entscheidung, die die Frage nur nach dem BGB beurteilte (OLG Hamburg HansGZ 1909, 223)

¹²WULFF II S. 81, Fußn. 7; OLG Hamburg HansGZ 1900, 305 ff.

¹³Vgl. dazu auch die Entscheidungen des AG u. LG Hamburg HansGZ 1901, 221 ff.

verschiedene Rechtsinhaber handelte¹⁴.

Allerdings gibt es heute diese öffentlich-rechtlichen Servituten in Hamburg nicht mehr. In § 11 Abs. 2 der heute noch gültigen Baupolizeiverordnung für die Hansestadt Hamburg vom 8.6.1938¹⁵ ist ausdrücklich ausgeführt, daß solche "Eigentumsbeschränkungen, die vor dem 1. Januar 1919 zugunsten des hamburgischen Staates eingetragen sind, ... als öffentlich-rechtliche Baubeschränkungen im Sinne der Vorschriften dieser Ziffer" gelten. Das Gesetz zur Anpassung hamburgischer Gesetze an die GBO vom 16. 6. 1937 (Hamburg.G.S. 99)¹⁶ hatte schon vorher in Art. 7 festgesetzt, daß öffentliche Lasten unbeschadet ihres Fortbestandes als solche im Grundbuch zu löschen seien.

2. Kapitel Übereinstimmung

§ 5 Die herrschende Ansicht zu gesetzeswiderholenden Dienstbarkeiten.

Die geschichtliche Entwicklung macht deutlich, daß ein positives Verhältnis zwischen dem Bauordnungsrecht und den bauregelnden Dienstbarkeiten entweder in einer Übereinstimmung oder einer Ergänzung besteht.

Eine Übereinstimmung liegt vor, wenn die Dienst-

¹⁴KG DR 1939, 463 = HRR 1939 Nr. 552

¹⁵ZINKAHN Nr. 666 S. 20. Dabei legt ZINKAHN in Fußn. 5 dar, daß diese Bestimmung einer Vorschrift der Bauordnung für die Stadt Hamburg vom 19.7.1918 entspricht, die ihrerseits die BaupolizeiVO aus dem Jahre 1882 abgelöst hatte. So konnten spätestens seit 1918 die öffentlich-rechtlichen Baubeschränkungen nicht mehr rechtlich den Dienstbarkeiten gleich behandelt werden.

¹⁶zitiert nach KG DR 1939, 463, wo ein einschlägiger Fall behandelt ist.

barkeit die Regelung des Bauordnungsrechts wiederholt, sie also zusätzlich noch privatrechtlich sichert. Beispiele dazu finden sich in verschiedenen Entscheidungen des Reichsgerichts und des Kammergerichts¹. Solche baurechtswiederholenden Dienstbarkeiten können aus den oben erwähnten Gründen² für die Bauaufsicht von Interesse sein³. Sie können aber auch von einem Grundeigentümer angestrebt werden, wenn eine den Nachbarn belastende Regelung des Bauordnungsrechts ihn begünstigt. Demnach sind baurechtswiederholende Dienstbarkeiten im öffentlichen Interesse und im privaten Interesse denkbar. Die einen gewährleisten die Einhaltung baupolizeilicher Vorschriften, die anderen die Erreichung privater Ziele.

Nach der herrschenden Meinung sind baurechtswiederholende Dienstbarkeiten mit den Vorschriften des BGB über den Inhalt der Dienstbarkeiten nicht zu vereinbaren⁴ u. 5.

¹RG Recht 1914 Nr. 777; RG 61, 338 = JW 1905, 692; KG in OLG 41, 172; KGJ 47, 188; in KGJ 46, 221 ist ein Fall erwähnt, in dem die BaupolizeiVO eine privatrechtliche Wiederholung ihres Gebotes forderte.

²s.o. S. 8 ³In dem Fall der Dienstbarkeit für den Hamb. Staat betreffend die Mindesthöhe der Kellerfußböden war die dienstbarkeitlich geforderte Mindesthöhe schon durch § 7 der Novelle vom 28.4.1893 (WULFF II S. 132) baupolizeilich geboten.

⁴STAUDINGER-RING Anm. 25 zu § 1018; SIEBERT-BAUR Anm. 19 zu § 1018 und Anm. 4 zu § 1019; GÜTHE-TRIEBEL Bd. II S. 1850 unten, jeweils mit ausführlichen Nachweisen. A.A. PLANCK-STRECKER Anm. 2 b zu § 1018 mit der Begründung, daß § 1018 nur von "Handlung" nicht von "erlaubter Handlung" spreche, also ohne auf die in Text folgende Argumentation einzugehen; weiter GUTJAHR, Die Eintragungsfähigkeit der gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen, Diss. Heidelberg 1904, insbesondere S. 61 ff.; MÜLLER, Der Inhalt der Grunddienstbarkeiten nach dem BGB, Diss. Göttingen 1919 S. 17/18. Beide stellen aber fest, daß § 1019 BGB gewahrt bleiben müsse, so daß nur in ganz seltenen Fällen eine solche Grunddienstbarkeit praktisch werden könne.

⁵Auch das RG ist dieser Ansicht, vgl. (für bergrechtliche Fälle) RG 119, 211 ff.; RG 130, 350 (354).

Diese Meinung beruht auf folgender Argumentation: Gesetzeswiederholende Dienstbarkeiten sind für das dienende Grundstück keine Belastung im Sinne des § 1018 BGB. Eine Belastung ist eine Verpflichtung, die über das normale Maß hinausgeht, also zusätzlich neben den allgemein bestehenden Verpflichtungen geschaffen wird. Das normale Maß der Verpflichtungen eines Grundeigentümers ergibt sich aus den allgemeingültigen Rechtssätzen. Darum muß die Last, die ein mit einer Dienstbarkeit in seiner Nutzung eingeschränktes Grundstück zu tragen hat, schwerer wiegen, als die eines Grundstücks, auf dem nur die normalen gesetzlichen Verpflichtungen ruhen. Also kann eine Dienstbarkeit, die schon kraft Gesetzes bestehende Verpflichtungen zum Inhalt hat, ein Grundstück nicht belasten. Hinzu kommt, daß die mit der Belastung korrespondierende Berechtigung ebenfalls nicht neu entsteht.

Eine Grunddienstbarkeit mit dem Inhalt einer gesetzlichen Verpflichtung bietet für die Benutzung des herrschenden Grundstücks keinen Vorteil. Das Vorteilserfordernis wird jedoch von § 1019 BGB als unumgänglich notwendig aufgestellt. Diese Dienstbarkeit gibt aber dem Berechtigten nicht mehr Befugnisse, als er ohnehin schon hat.

Zur Verdeutlichung wird dabei von der herrschenden Meinung z.B. auf die nachbarrechtliche Immissionsbefugnis aus § 906 BGB verwiesen: wenn diese Befugnis als Grunddienstbarkeit eingetragen ist, ist die Rechtsstellung des befugten Nachbarn nicht anders als vor der Grunddienstbarkeitsbestellung.

⁵(Fortsetzung von S. 12) Dabei ist die Entscheidung RG 130, 350 ff. bedenklich: sie läßt eine Gesetzeswiederholende Eintragung mit der Begründung zu, sie gehe wegen des Ausschlusses der Schadensersatzverpflichtung weiter als das Gesetz, läßt aber darüber hinaus den Ausschluß der Schadensersatzpflicht als weitere Eintragung zu. Damit nimmt sie der ersteren Eintragung den über die Gesetzesverpflichtung hinausgehenden Umfang, so daß diese als lediglich Gesetzeswiederholend anzusehen ist. Zulässig wäre nur die eine oder die andere Eintragung gewesen.

Die nach h.M. bestehende inhaltliche Unzulässigkeit bedeutet gleichzeitig, daß solche Rechte nicht in das Grundbuch eingetragen werden können, weil überflüssige Eintragungen nicht in das Grundbuch gehören⁶.

Eine bloße Wiedergabe und Festlegung einer gesetzlich bestehenden Verpflichtung ist also nach dem Grundsatz der h.M. weder als Dienstbarkeit zulässig noch buchungsbedürftig noch buchungsfähig⁷ u. ⁸.

Zu den gesetzlichen gehören aber auch die durch bauordnungsrechtliche Vorschriften auferlegten Verpflichtungen, so daß Dienstbarkeiten, die deren Inhalt wiederholen, nach der herrschenden Meinung ebenso unzulässig sein müssen⁹.

§ 6 Bedenken gegen den Grundsatz von der Unzulässigkeit gesetzeswiederholender Dienstbarkeiten.

Dieser Grundsatz muß zur Folge haben, daß eine Dienstbarkeit, die eine Baubeschränkung zum Inhalt hat, in dem Moment unzulässig wird und nach § 53¹ oder § 84 ff. GBO² zu behandeln ist (Löschung von Amts wegen), in dem eine bauordnungsrechtliche Vorschrift erlassen wird, aus der sich unzweideutig die gleiche Beschränkung ergibt³.

Jedoch gibt diese Folgerung zu Bedenken Anlaß.

⁶RG 130, 350 (354); RAHM in einer Anm. zu einem Urteil des KG JW 1921, 585.

⁷KGJ 25, 147 (148)

⁸Eine Ausnahme läßt man dann gelten, wenn über die Tragweite des Gesetzes hinsichtlich der Verpflichtung begründete Zweifel bestehen und durch die Dienstbarkeit eine selbständige Duldungspflicht festgelegt werden soll - h.M.: STAUDINGER-RING Anm. 25 zu § 1018; WOLFF-RAISER § 106, Fußn. 9; OLG Celle DNotZ 58, 421 mit weiterem Nachweis.

⁹Gerade hinsichtlich der Übereinstimmung mit PolizeivOen kommt SCHRADE, Grunddienstbarkeit S. 18 zur Unzulässigkeit.

¹KG HRR 1931 Nr. 1867 ²KG HRR 1941 Nr. 447

³Diese Folgerung zieht anscheinend auch KG HRR 1941 Nr. 447 = JFG 22, 188 ff.

Bauordnungsrechtliche Vorschriften, insbesondere solche örtlichen Charakters, unterliegen einem häufigen Wechsel wegen der dauernden Veränderung der für ihren Erlass maßgeblichen Verhältnisse, also wegen der Entwicklung der Baukunst, des Fortschreitens hygienischer Anforderungen, neuer baulicher Erschließungen z.B. bei Eingemeindungen⁴. So ist es durchaus möglich, daß die Verpflichtung aus der Bauordnung, die die Löschung der Grunddienstbarkeit zur Folge hatte, schon nach kurzer Zeit umgewandelt oder aufgehoben wird. Der Eigentümer des früher herrschenden Grundstücks ist nun nicht mehr vor Handlungen geschützt, vor denen die gelöschte Grunddienstbarkeit und die aufgehobene Vorschrift ihn bewahren sollte. Einem Wiederaufleben der gelöschten Grunddienstbarkeit steht ihr durch die Löschung klargelegtes endgültiges Ende entgegen.

Anscheinend wegen dieser Bedenken hat das Kammergericht in einer Entscheidung aus dem Jahre 1941 die Meinung vertreten, daß örtliche Bauordnungen Gesetzen nicht gleichgestellt werden können⁵. Diese Ansicht würde allerdings zur Folge haben, daß kongruente Verpflichtungen einer bauordnungsrechtlichen Norm und einer Dienstbarkeit nebeneinander bestehen können.

Jedoch kann man nicht darauf abstellen, ob ein Gesetz - und auch eine Bauordnung ist ein Gesetz im materiellen Sinne⁶ - nur örtlich und wahrscheinlich auch zeitlich begrenzte Geltung hat. Es ist ebenso möglich, daß ein formelles Gesetz häufigem Wandel unterliegt. So können die Gebote und Verbote einer Bauordnung durchaus längeren Bestand haben als die eines formellen Gesetzes. Praktisch

⁴Vgl. auch o. § 4, Fußn. 2

⁵Vgl. Fußn. 3

⁶WOLFF, VerwR § 24 II b. 1

hat das Kammergericht es dabei bewenden lassen, mit dem Hinweis auf die weitreichenden Folgen des Grundsatzes von der Unzulässigkeit Gesetzeswiederholender Dienstbarkeiten seine diesen Grundsatz einschränkende Behauptung zu begründen. Dieser Hinweis kann als Begründung der Einschränkung des Grundsatzes jedoch nicht ausreichen.

§ 7 Zulässigkeit Gesetzeswiederholender Dienstbarkeiten bei mangelnder gesetzlicher Berechtigung.

Es fragt sich vielmehr, ob die dargelegte Argumentation der h.M. in jedem Falle einer Gesetzeswiederholenden Dienstbarkeit stichhaltig ist. Soweit es sich um Vorschriften des Nachbarrechts handelt, welche die in die Dienstbarkeit aufzunehmende Verpflichtung bereits zum Inhalt haben, ist die h.M. begründet. Das dienende Grundstück ist nicht belastet, der Eigentümer des herrschenden Grundstücks bzw. der persönlich Berechtigte hat kein Mehr an Berechtigung. Es fehlt an dem Benutzungsvorteil hinsichtlich des herrschenden Grundstücks.

Ebenso trifft die Begründung zu, wenn der Staat für eines seiner Grundstücke oder zu seinen Gunsten als persönlich Berechtigter eine baurechtswiederholende Dienstbarkeit eintragen läßt. Die Berechtigung, die ihm die Dienstbarkeit geben soll, hat er schon auf Grund der Bauordnung.

Damit kann gesagt werden, daß die Bestellung einer Dienstbarkeit, die eine gesetzliche Verpflichtung wiederholt, für denjenigen unzulässig ist, dem die sich aus der Verpflichtung ergebende gesetzliche Berechtigung zusteht. Anders ist es aber, wenn ein Grundstück zwar mit einer gesetzlichen Verpflichtung belastet ist, ein Dienstbarkeitsinteressent sich auf die Einhaltung dieser Verpflichtung gegenüber dem Eigentümer aber nicht berufen kann. Diese Fälle können vor allen Dingen bei Verpflichtungen auf Grund öffentlichen Rechts vorkommen. Im Bauordnungsrecht

werden sie deutlich, wenn ein Nachbar gegenüber einem auf Grund eines Dispenses möglichen Bauvorhaben auf die Einhaltung der normalen, durch den Dispens beiseitegeschobenen Vorschriften der Bauordnung besteht, bei der sog. Nachbarlage¹. In solchen Fällen haben die Zivilgerichte und die Verwaltungsgerichte es darauf abgestellt, ob die Norm der Bauordnung zumindest auch die Interessen des Nachbarn schützen wollte². Wenn das der Fall ist, was allerdings nicht häufig bejaht wird³, hat der Nachbar das Recht, auf Einhaltung der normalen Vorschriften der Bauordnung zu bestehen. In allen anderen Fällen bleibt das häufig bestehende private Interesse des Nachbarn an der Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtung unberücksichtigt. Er kann gegenüber dem durch die gesetzliche Verpflichtung belasteten Grundstückseigentümer keine gesetzliche Berechtigung geltend machen. In diesen

¹ Zu der Problematik der öffentlich-rechtlichen Nachbarklage gibt es eine Fülle von Entscheidungen und Aufsätzen, vgl. die Nachweise bei GELZER NJW 58, 325 ff. und NJW 59, 1905 ff.; REDEKER NJW 59, 749 ff.; BÖHM BuG 60, 110; WESTERMANN SR § 62 III 4

² H.M. hinsichtlich der Verwaltungsgerechtsbarkeit vgl. z.B. BVerwG NJW 54, 1214; OVG Münster NJW 58, 354 ff.; LVG Oldenburg DVBl 56, 727; gesetzlich fixiert in § 13 Abs. 2 Baugesetz Saar (ZINKAHN Nr. 669 c). Bestr. hinsichtlich der Zivilgerichtsberechtigung, vgl. OLG München NJW 59, 341 einerseits und OLG Celle NJW 53, 388; MDR 54, 241; NdsRpfl 59, 180 andererseits. Das RG (RG 87, 371) gab einer Nachbarklage statt, die Entscheidung betraf jedoch Braunschweigesches Landesrecht.

³ GELZER, NJW 58, 325 ff. und REDEKER NJW 59, 751, Fußn. 17; nicht so eng BÖHM BuG 60, 110. Die zurückhaltende Tendenz ist berechtigt. Das Bauordnungsrecht hat grundsätzlich die Verwirklichung öffentlich-rechtlicher Ziele im Auge, so daß nachbarschützende Vorschriften als Ausnahme anzusehen sind. Aus diesem Grunde müssen die Vorschriften ihrem Sinn, ihrer Stellung und ihrer Fassung nach besonders klar dartun, daß sie Nachbarinteressen schützen wollen.

Fällen⁴ gibt dem Nachbarn eine Dienstbarkeit mit der gesetzlichen Verpflichtung als Inhalt erst die Berechtigung. Das Vorteilserfordernis des § 1019 BGB ist erfüllt. Das dienende Grundstück ist über das normale Maß der gesetzlichen Verpflichtung hinaus belastet, weil nunmehr auch der Grunddienstbarkeitsberechtigte und nicht nur der Wahrer der öffentlichen Bauordnung die Einhaltung der gesetzlichen Pflicht verlangen kann. Das kommt besonders in dem mit der Dienstbarkeit praktisch verbundenen Ausschluß der Ausnahme- oder Dispensmöglichkeit zum Ausdruck.

Danach ist der oben dargelegte Standpunkt der herrschenden Meinung zwar grundsätzlich aufrechtzuerhalten. Er ist jedoch dahin einzuschränken, daß eine Dienstbarkeit, die die Wiederholung einer gesetzlichen Verpflichtung zum Inhalt hat, zu Gunsten desjenigen zulässig ist und eingetragen werden kann, der die mit dieser Verpflichtung korrespondierende Berechtigung nicht hat.

Als Ergebnis für das Verhältnis zwischen baulicher Ordnung und Dienstbarkeiten ist festzuhalten, daß Dienstbarkeiten nicht in dem Sinne zu Hilfsdiensten für die bauliche Ordnung herangezogen werden können, daß sie öffentlich-rechtliche Gebote und Verbote zusätzlich noch privatrechtlich sichern.

⁴ und weiter auch dann, wenn zweifelhaft ist, ob Nachbarinteressen geschützt werden sollen, vgl. o. § 5, Fußn. 8.

3. Kapitel Möglichkeit der Ergänzung

§ 8 Allgemeine Erscheinungsform der baurechts-ergänzenden Dienstbarkeit.

Eine Ergänzung der von der Bauordnung getroffenen Regelung des Baugeschehens legt dem Bauordnungspflichtigen eine zusätzliche Pflicht zu einem baurechtlich bedeutsamen Verhalten auf, die neben den allgemein geltenden Geboten und Verboten der Bauordnung steht. Eine neue für alle Grundeigentümer gleichermaßen aufzustellende Verpflichtung wird auch in die Form eines öffentlich-rechtlichen Gebotes oder Verbotes durch eine Vorschrift der Bauordnung gekleidet werden. Deshalb kann die Regelung durch eine Dienstbarkeit nur für einen besonderen Einzelfall sinnvoll sein, der eben eine außergewöhnliche Regelung erfordert. Damit ist die Ergänzung der baulichen Ordnung durch eine Dienstbarkeit als Ausnahmeregelung charakterisiert.

Als Ausnahmeregelungen kennt man im Baurecht die Ausnahme und den Dispens¹. Dabei wird auf die Durchsetzung der Bauordnungsziele nicht verzichtet. Vielmehr ist die Nichteinhaltung der normalen Vorschriften in der Regel nur bei Vorliegen von Voraussetzungen erlaubt, die das öffentliche Interesse auf andere Weise ausreichend oder manchmal auch nur teilweise befriedigen.

Ist die Ausnahmemöglichkeit in der einzelnen Vorschrift der Bauordnung schon gegeben, wobei die speziellen Voraussetzungen zumeist genannt sind, dann handelt es sich um eine "Ausnahme"². Wird

¹ BALTZ-FISCHER S. 168 ff.; THIEL, Baupolizeirecht, Berlin 1938 S. 27 ff.; insoweit nicht klar genug DREWS-WACKE S. 119

² OVG Münster DÖV 57, 458; THIEL, Baupolizeirecht S. 28; so jetzt auch § 31 Abs. 1 BBauG.

dagegen in der Bauordnung - meist zu Anfang - die generelle Ermächtigung gegeben, zur Vermeidung besonderer Härten von der Durchsetzung einer zwingenden Vorschrift abzusehen, wobei auch die öffentlichen Belange zu beachten sind³, so spricht man von einer Befreiung (Dispens)⁴. Nicht nur formal, sondern auch wesensmäßig unterscheidet sich der Dispens von der Ausnahme dadurch, daß er zwingendes Recht außer Kraft setzt⁵, während die Ausnahme die Anwendung einer bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen alternativ gegebenen gesetzlichen Möglichkeit ist⁶. Zwar kann beim Dispens auf die Durchsetzung desspeziellen Normzwecks verzichtet werden⁷. Weil aber die öffentlichen Belange zu wahren sind, wird der Bestand der baulichen Ordnung nicht aufgegeben.

Da es sich bei einer Ausnahmeregelung im Baurecht um die Zulassung eines praktisch immer-währenden Ausnahmезustandes handelt, muß der dauernde Bestand der Ausnahme- (bzw. Dispens-) voraussetzungen gesichert sein⁸. Dazu bietet sich die dingliche Sicherung durch Dienstbarkeiten an. Danach ergibt sich als Erscheinungsform der baurechtsergänzenden⁹ Dienstbarkeit die Sicherung des dauernden Bestandes einer Ausnahmeregelung der baulichen Ordnung.

Allerdings muß dieser Satz dahin eingeschränkt

³ENGLERT-MANG, Die Bayerische Bauordnung, 11. Aufl. München 1957 S. 243

⁴Dazu grundsätzlich BINDSCHIEDLER, Die Dispensation (Zürcher Diss.) Winterthur 1958

⁵Vgl. die Definitionen bei BINDSCHIEDLER a.a.O. S. 6

⁶RICHTER DÖV 59, 291

⁷so RICHTER DÖV 59, 291. Dieser Verzicht ist aber entgegen der Ansicht von RICHTER nicht begriffliche Voraussetzung, da die Bauordnungsbehörde auch bei einem Dispens durch irgendwelche Auflagen oder sonstige Voraussetzungen den Normzweck zumindest teilweise erreichen kann.

⁸BALTZ-FISCHER S. 166

⁹Dieser Begriff wird an Stelle des schwerfälligeren Begriffs "bauordnungsrechtsergänzende Dienstbarkeit" verwandt.

werden, daß die Fälle, in denen der Bestand der Voraussetzungen schon auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse oder mit Mitteln des öffentlichen Rechts gewährleistet ist, keiner zusätzlichen Sicherung durch Dienstbarkeiten bedürfen¹⁰. Ob das der Fall ist, hängt von Art und Lage des zu bebauenden Grundstücks und vom Charakter und Umfang der Ausnahmeregelung ab. Hat die Ausnahmeregelung keinen Einfluß auf benachbarte Grundstücke und ist sie andererseits auch von deren baulicher Gestaltung unabhängig, so können die Ausnahmevoraussetzungen allein von dem zu bebauenden Grundstück erbracht werden. Dann ist die Bauordnungsbehörde in der Lage, in Form von Nebenbestimmungen¹¹ die Gewährleistung mit der Bauerlaubnis zu koppeln. Sie wird die Bauerlaubnis unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung bzw. einem Widerrufsvorbehalt¹² erteilen oder insbesondere die Genehmigung mit einer Auflage verbinden. Da es sich bei einem Dispens nicht um eine gebundene Erlaubnis handelt und bei einer Ausnahmegenehmigung nur die schon gesetzlich festgelegten Ausnahmevoraussetzungen als Nebenbestimmungen zur Genehmigung hinzutreten, bestehen gegen die Zulässigkeit der Nebenbestimmungen keine Bedenken¹³. In diesen Fällen wird der Bestand der Ausnahmevoraussetzungen also schon mit Mitteln des öffentlichen Rechts gesichert. Wenn die Bauordnungsbehörde gleichwohl Dienstbarkeiten heranzieht, kann diese Wahl wegen Formenmißbrauchs mangelhaft sein¹⁴.

Umgreift jedoch die Ausnahmeregelung auch benach-

¹⁰ BALTZ-FISCHER S. 167

¹¹ Allgemein dazu WOLFF, VerwR § 49 und FORSTHOFF, VerwR S. 197 ff.

¹² Jedoch ist der Widerrufsvorbehalt mit dem Wesen des Dispenses - nämlich der Schaffung neuen objektiven Baurechts - nicht vereinbar und deshalb bei Dispensen unzulässig, BALTZ-FISCHER S. 175, THIEL S. 29

¹³ WOLFF, VerwR § 49 II, FORSTHOFF, VerwR S. 199

¹⁴ WOLFF, VerwR § 23 III b 2 mit Rechtsprechungsnachweis.

barte Grundstücke und hängt der Bestand der Voraussetzungen von deren baulicher Gestaltung ab, dann kann die Bauordnungsbehörde nicht mit Nebenbestimmungen arbeiten. Eine Einwirkungsmöglichkeit durch Nebenbestimmungen zur Bauerlaubnis hat sie nur gegenüber dem die Ausnahme begehrenden Bauherrn. Sie kann nicht im Wege bauordnungsrechtlicher Regelung von den Nachbarn verlangen, daß sie zusätzliche bauordnungsrechtliche Pflichten übernehmen, um die Ausnahme-Bebauung eines fremden Grundstückes zu ermöglichen¹⁵. Vielmehr ist es in diesen Fällen in das Belieben der Nachbarn gestellt, ob sie die über das normale Maß hinausgehenden Beschränkungen übernehmen und so die Ausnahmeveraussetzungen erbringen wollen. Deswegen wird der die Ausnahme begehrende Bauherr seinen Nachbarn durch Privatrechtsgeschäft veranlassen müssen, die Beschränkung zu übernehmen und ihren Bestand zu sichern. Danach ist eine Ergänzung der baulichen Ordnung durch Dienstbarkeiten nur bei den Ausnahmeveraussetzungen sinnvoll, die nicht vom zu bebauenden, sondern vom Nachbargrundstück erbracht werden können.

Läßt also die Vorschrift einer Bauordnung ihrem Wortlaut nach eine Ausnahme dann zu, wenn bestimmte Voraussetzungen, die nur von Nachbargrundstücken erbracht werden können, in ihrem Bestande "gesichert" oder "gewährleistet" sind, wenn für ihr Vorhandensein "Sicherheit besteht", liegt die Ergänzung der baulichen Ordnung durch eine Dienstbarkeit nahe. Hinzu kommen die Sonderregelungen, die bei Befreiungen von zwingenden bauordnungsrechtlichen Normen auf dem Dispenswege getroffen werden, und in denen entsprechend der dauernde Bestand eines baulichen Zustandes auf einem anderen als dem zu bebauenden Grundstück gefordert wird¹⁶.

¹⁵Pr.OVG 33, 409 (413); 42, 353 ff.; 65, 412 (414);
BALTZ-FISCHER, S. 165: "Fundamentalsatz des Baupolizei-

¹⁶Vgl. dazu BALTZ-FISCHER, S. 172. rechts."

§ 9 Fälle baurechtsergänzender Dienstbarkeiten
in Bauordnungen.

Normalerweise sind Gebäude in der festgelegten Fluchtlinie zu errichten. Wenn ein Bauherr mit seinem Haus hinter der Fluchtlinie zurückbleiben will, muß Gewähr dafür bestehen, daß dadurch das Orts- und Straßenbild nicht verunstaltet wird¹. Dieses Ziel kann dadurch erreicht werden, daß die Bauerlaubnis mit einer Auflage gekoppelt wird, nach der auf dem hinter der Fluchtlinie freibleibenden Streifen kein Vorgarten angelegt oder die dort in bestimmter Gestaltung vorhandene Gartenfläche oder Einfriedigung nicht beseitigt werden darf². Andererseits können sich auch die Nachbarn in einer Dienstbarkeit verpflichten, entsprechend hinter der Fluchtlinie zurückzubleiben und ebenfalls den freibleibenden Streifen angemessen zu gestalten. Dann liegt der Fall einer baurechts-ergänzenden Dienstbarkeit vor.

Jedes bebaute Grundstück muß aus Gründen des Feuer-schutzes und auch aus allgemeinen verkehrspoli-tischen Rücksichten einen ausreichenden Zugang haben³. Wenn das Grundstück nicht an einer öffent-lichen Straße liegt, muß ein Zugang in angemessener Breite und Befestigung von der öffentlichen Straße aus sichergestellt sein⁴. Dafür bietet sich die

¹§ 6 Ziff. 9 BauO Ruhr (ZINKAHN Nr. 661 a); § 6 Ziff. 4 LandesbauO für Oldenburg (ZINKAHN Nr. 668); Art. 34 Abs. 2 Württ. BauO (ZINKAHN Nr. 669 a); § 6 Ziff. 2 Berliner BauO v. 3.11.1925 (BALTZ-FISCHER 5. Aufl. Berlin 1926, S. 646)

²Ein ähnlicher Sachverhalt findet sich in KG HRR 1929 Nr. 1825. Dabei hatte die Bauordnungsbehörde jedoch mit einer Dienstbarkeit und nicht mit einer Nebenbe-stimmung gearbeitet.

³BALTZ-FISCHER, S. 395. ⁴§ 6 EBauO (ZINKAHN Nr. 660); § 6 Abs. 1 EBauO pl. Land (ZINKAHN Nr. 661); § 6 Ziff. 1 LandesbauO für Oldenburg (ZINKAHN Nr. 668); u. § 6 Abs. 1 Berliner BauO (ZINKAHN Nr. 663 b).

Bestellung einer Wegegerechtigkeit an⁵.

Ebenso muß die Wasserversorgung für ein Baugrundstück sichergestellt sein.⁶ Auch hier kann die Sicherstellung durch ein dienstbarkeitliches Recht auf Mitbenutzung eines nachbarlichen Privatbrunnens geschehen, sofern der Anschluß an eine öffentliche Wasserleitung nicht möglich oder ein öffentlicher Brunnen nicht in der Nähe ist⁷. Die Ableitung der Abwässer ist im allgemeinen durch die anzuwendende Bauordnung bis ins einzelne geregelt⁸. Doch ist eine baurechtsergänzende Dienstbarkeit für den Fall denkbar, daß die Abwässerleitung zur kanalisierten Straße über das Nachbargrundstück geführt werden muß⁹.

Die bekanntesten Fälle der baurechtsergänzenden Dienstbarkeiten sind die unter dem Begriff Einrechnungsdienstbarkeiten¹⁰ zusammenzufassenden "Hof-" und "Baugemeinschaften". An ihnen wird das Prinzip, bei der Feststellung der baulichen Ausnutzbarkeit die Verhältnisse auf dem Nachbargrundstück in Rechnung zu stellen, besonders deutlich.

Nach den bauordnungsrechtlichen Bestimmungen ist die Höhe der Hintergebäude und Seitenflügel¹¹

⁵ § 25 Ziff. 2 der BauO für Schleswig-Holstein (ZINKAHN Nr. 669) sagt sogar ausdrücklich, daß einem eigenen Zugang ein als unbefristete (!) Grunddienstbarkeit nach § 1018 BGB bestelltes Wegerecht gleichsteht.

⁶ § 21 EBauO (ZINKAHN Nr. 660) u. der ihr folgenden BauOen; § 12 Bad. LandesbauO (ZINKAHN Nr. 662); § 27 Hamb. BauPolVO (ZINKAHN Nr. 666); § 110 Abs. 2 BauO für Schleswig-Holstein (ZINKAHN Nr. 669)

⁷ BALTZ-FISCHER, S. 351

⁸ Vgl. als moderne BauO die BauO für Schleswig-Holstein Abschnitt XXII: Entwässerung und Beseitigung der Abfallstoffe (ZINKAHN Nr. 669)

⁹ Einen solchen Fall scheint § 28 Ziff. 1 b der Hamb. BauPolVO (ZINKAHN Nr. 666) zu betreffen.

¹⁰ DITTUS, NJW 54, 1825, Fußn. 2 a

¹¹ z.B. § 121 Abs. 1 Ziff. b Bremer BauO (ZINKAHN Nr. 665)

die Zahl der Wohnungen¹² oder die Bewohnbarkeit der Bauten überhaupt¹³ von der Größe der vor ihnen liegenden Hofffläche abhängig. Damit soll vornehmlich eine ausreichende Licht- und Luftzufuhr gewährleistet werden. Wenn die Bauordnungen nur die Hofffläche auf dem zu bebauenden Grundstück für maßgeblich erklärten und die angrenzende Hofffläche auf dem Nachbargrundstück nicht anrechneten, wurde die Ausnutzbarkeit beider Grundstücke erheblich geschmälert. Deswegen rechneten die Bauordnungsbehörden beide Höfe als eine Hofffläche, deren Größe dann für die bauliche Ausnutzbarkeit beider Grundstücke jeweils in Rechnung gestellt wurde. Voraussetzung für eine Anrechnung in Form einer Hofgemeinschaft war aber, daß die Unüberbaubarkeit beider Höfe sichergestellt war¹⁴.

In den modernen Bauordnungen wird allerdings von vornherein ohne Rücksicht auf Grundstücksgrenzen die Größe der zwischen den einzelnen Hintergebäuden verschiedener Grundstücke unüberbaut bleibenden Freifläche für maßgeblich erklärt¹⁵. Als Voraussetzung der Anrechnung der betreffenden Freifläche ist dann die Bestellung einer Dienstbarkeit nicht mehr notwendig. Jedoch muß zur Sicherung der Unüberbaubarkeit auch hier eine Dienstbarkeit eingetragen werden¹⁶.

¹²Vgl. den Fall in ProVG 33, 409

¹³§ 8 Ziff. 3 Berliner BauO (ZINKAHN Nr. 663 b)

¹⁴Zu diesem Fall der Hofgemeinschaft vgl. die ausführliche Erörterung bei BALTZ-FISCHER, S. 320 - 323. Ein gesetzlicher Fall einer solchen baurechtsergänzenden Dienstbarkeit findet sich in § 80 Abs. 9 Baugesetz Saar (ZINKAHN Nr. 669 c). Ebenso § 8 Ziff. 15 der Berliner BauO vom 3.11.1925 (BALTZ-FISCHER 5. Aufl. S. 654), ähnlich § 49 Abs. 7 BauO für Schleswig-Holstein (ZINKAHN Nr. 669)

¹⁵z.B. § 7 C Ziff. 34, § 9 Ziff. 16 u. 17 BauO Ruhr (ZINKAHN Nr. 661 a); § 58 Ziff. 9 BauO für Schleswig-Holstein (ZINKAHN Nr. 669)

¹⁶§ 8 Ziff. 3 u. 7 Berliner BauO (ZINKAHN Nr. 663 b).

Die erlaubte Grundfläche der auf Baugrundstücken zu errichtenden Häuser wird in der Regel in Bruchteilen der Grundstücksgröße angegeben¹⁷. Eine Baugemeinschaft hat den Zweck, größere Hausgrundflächen durch Einrechnung eines Teils des Nachbargrundstücks zu ermöglichen. So werden Härten ausgeglichen, die bei schematischer Anwendung der Nutzungsziffern zwangsläufig entstehen¹⁸. Der eingerechnete Teil ist dann allerdings bei der Errechnung der Nutzungsziffer des Nachbargrundstücks von dessen Größe abzuziehen. Hier muß die Unüberbaubarkeit der eingerechneten Fläche mit einer Dienstbarkeit sichergestellt werden. Baugemeinschaften sind in den Bauordnungen meistens im größeren Umfange mit Beteiligung von mehr als zwei Eigentümern vorgesehen (Baublocks)¹⁹.

Bei offener Bauweise wird, um Licht- und Luftzufuhr für seitwärtige Fenster zu sichern und der Feuergefahr zu begegnen, ein seitlicher Grenzabstand (Bauwich) von meistens 2,5 m gefordert. Dem öffentlichen Interesse ist Genüge getan, wenn die Gebäude jeweils 5 m auseinanderliegen. Ob auf jedes Grundstück die Hälfte dieses Zwischenraums

¹⁷ z.B. darf in Wohngebieten üblicherweise die Hausgrundfläche 2/10 des Baugrundstücks nicht überschreiten, vgl. § 7 Ziff. 15 Berliner BauO (ZINKAHN Nr. 663 b)

¹⁸ i.e. DITTUS NJW 54, 1825 insbesondere Fußn. 2 a, der auf § 7 Ziff. 17 der Berliner BauO v. 3.11.1925 verweist (BALTZ-FISCHER 5. Aufl. S. 652)

¹⁹ § 37 Ziff. 5 BauO für Schleswig-Holstein (ZINKAHN Nr. 669): "Für einzelne Grundstücke kann eine weitergehende Bebauung zugelassen werden, als für die Bauklasse des Gebiets vorgesehen ist, wenn für einen Baublock oder dessen Teile oder für ein größeres Baugelände ein einheitlicher Bebauungsplan vorliegt, dadurch eine einheitliche Bebauung gesichert ist und im ganzen keine größere Fläche bebaut wird, als für das Gesamtgelände zulässig ist." Ähnlich § 7 B Ziff. 6 LandesbauO für Oldenburg (ZINKAHN Nr. 668); in § 7 C Ziff. 6 BauO Ruhr (ZINKAHN Nr. 661 a) ist hinzugefügt: "Eine nachträgliche Mehrbebauung einzelner Teilgrundstücke ist dann verboten." Dadurch wird die Dienstbarkeit als Ergänzung überflüssig, nämlich eine privatrechtliche Wiederholung des öffentlich-rechtl. Verbotes.

entfällt, kann gleichgültig sein, wenn nur der Bestand des Zwischenraums gesichert wird. Also kann ein Dienstbarkeitsberechtigter an der Grenze bauen, wenn seine Dienstbarkeit ihm die Freihaltung eines unbebauten Streifens von 5 m auf dem Nachbargrundstück sichert. Diese Form der Übernahme einer an sich dem Nachbarn obliegenden Abstandspflicht findet sich in den Bauordnungen in verschiedenen Variationen²⁰. Auch in den Fällen, in dem der Gebäudeabstand Voraussetzung für das Absehen von Brandmauern²¹ oder das Gestatten von Fenstern oder Oberlichtern in der Seitenwand²² ist, kann die Einhaltung des Abstandes vom Nachbar übernommen und durch Dienstbarkeiten gesichert werden.

Andererseits versuchen die Bauordnungen bei geschlossener Bauweise und den deswegen zum Feuerchutz notwendigen Brandmauern den Interessen der Eigentümer durch Ausnahmen gerecht zu werden. Die normale Forderung ist die Errichtung je einer Brandmauer zwischen zwei Häusern. Wenn aber der Nachbar sein Gebäude schon errichtet hat, wird von dem Bauwilligen die Erstellung einer eigenen Brandmauer nicht verlangt und ihm der Anbau an die Brandmauer des Nachbarn gestattet. Nach Artikel 46 des Hessischen Baugesetzes hat er sogar einen Rechtsanspruch gegen seinen Nachbarn, daß ihm eine entsprechende Dienstbarkeit bestellt wird²³. Bei einer solchen

²⁰§ 29 Ziff. 2 EBauO pl. Land (ZINKAHN Nr. 661); § 8 Ziff. 15 BauO Ruhr (ZINKAHN Nr. 661 a); § 31 Ziff. 4 a Braunsch. LandesbauO (ZINKAHN Nr. 664); § 50 Ziff. 4 u. 6 BauO für Schleswig-Holstein (ZINKAHN 669)

²¹§ 14 Ziff. 4 EBauO pl. Land (ZINKAHN Nr. 661); Art. 48 Abs. 1 Hessisches BauG (ZINKAHN Nr. 667 a)

²²Art. 50 Abs. 1 Hessisches BauG (ZINKAHN Nr. 667 a)

²³ZINKAHN Nr. 667 a. An dieser Vorschrift wird der Zwittercharakter des baulichen Nachbarrechts, das öffentliches u. privates Recht umfassen muß (vgl. WESTERMANN, Bauliches Nachbarrecht S. 10), besonders deutlich. Außer diesem privatrechtlichen Anspruch finden sich in Abs. 4 u. 5 privatrechtl. Regelungen.

gemeinsamen Brandmauer kommt es darauf an, daß sie trotz Abbruchs einer der beiden Gebäude erhalten bleibt. So finden sich Bestimmungen, die eine gemeinsame Brandmauer nur dann zulassen, wenn sicher- gestellt ist, daß sie bei Abbruch eines Gebäudes unversehrt bleibt²⁴. Auch hier kann eine Dienst- barkeit das Bauordnungsrecht ergänzen.

Mit diesen Beispielen sind Fälle angeführt, in denen die Heranziehung einer Dienstbarkeit schon nach dem Wortlaut der Vorschrift oder ihren aus- drücklichen Bestimmungen möglich bezw. notwendig erscheint. Damit dürfte auch hinreichend dargelegt sein, daß das Bauordnungsrecht sich für Ausnahme- regelungen irgendeiner Sicherungsmöglichkeit be- dienen muß.

§ 10 Öffentlich-rechtliche Zulässigkeit der Ergänzung.

Nach der bisherigen Erörterung liegt zwar die Ergänzung des Bauordnungsrechts durch Dienstbar- keiten nahe. Zu fragen ist jedoch, ob eine solche Vermischung von öffentlichem und privatem Recht zulässig ist.

Bedenken dagegen können sich einmal vom öffent- lichen Recht her mit der Fragestellung ergeben, ob der Wahrer der baulichen Ordnung sich bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben privatrechtlicher Formen bedienen darf. Zum andern ist die privatrechtliche Zulässigkeit von Dienstbarkeiten zu untersuchen, die im öffentlichen Interesse bestellt sind.

Öffentliche Verwaltung mit Mitteln des Privatrechts

²⁴§ 14 Ziff. 3 a Berliner BauO (ZINKAHN Nr. 663 b); vgl. dazu KG HRR 1929 Nr. 387.

ist bei der Heranziehung von Dienstbarkeiten für Zwecke des Bauordnungsrechts nur insoweit gegeben, als der Wahrer der öffentlichen Ordnung selbst als Berechtigter der Dienstbarkeit auftritt. Dann wird die Dienstbarkeit unmittelbar zur Ergänzung und Wahrung der baulichen Ordnung eingesetzt. Wenn der durch die Sicherstellung von Ausnahmevoraussetzungen begünstigte Bauherr Berechtigter ist, nimmt die Bauordnungsbehörde nur ein rein privatrechtlich zu beurteilendes Nachbarschaftsverhältnis als Gegebenheit hin und macht es sich zunutze. Dagegen können vom öffentlichen Recht her ebensowenig Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit bestehen, wie gegen die Fälle, in denen der Bestand der Ausnahmevoraussetzungen schon durch die tatsächlichen Verhältnisse gesichert ist¹.

Der Begriff der öffentlichen Verwaltung im materiellen Sinne ergibt sich daraus, daß sie die Besorgung öffentlicher Angelegenheiten durch Organe von Gemeinwesen zum Inhalt hat². Die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht kann nicht gefunden werden in der Verschiedenheit der zu regelnden Angelegenheiten, insbesondere der Interessen oder Zwecke. Vielmehr ist sie zu suchen in der Verschiedenheit der Rechtssubjekte, insoweit ihnen das öffentliche Recht als Sonderrecht zugeordnet ist³. Deswegen folgt aus dem Umstand, daß die öffentliche Verwaltung öffentliche Angelegenheiten zu besorgen hat, nicht, daß sie sich dafür der Formen

¹Vgl. o. S. 21. Eine andere Frage ist allerdings, ob ein solches Verfahren für die Verwaltung zweckmäßig ist, dazu unten § 13.

²WOLFF VerwR §2IIc am Anfang. Die eigentliche Begriffsbestimmung WOLFFs erklärt die hier vorausgesetzten Begriffe "verwalten" und "öffentliche Angelegenheiten". Über die Schwierigkeiten der Definition, die JELLINEK VerwR S. 6 noch negativ vornahm, vgl. FORSTHOFF VerwR S. 1 ff. und insbesondere WOLFF § 2 I.

³WOLFF AÖR 76 (1950), 205 - 217 u. VerwR § 22 II a 6 und c.

des öffentlichen Rechts zu bedienen hat. Weil danach der Begriff der öffentlichen Verwaltung von der von ihr verwandten Rechtsform unabhängig ist, bleibt die Verwaltung öffentliche Verwaltung, auch wenn sie sich des Privatrechts bedient. Also kann die öffentliche Verwaltung wie jedermann privatrechtliche Formen verwenden⁴. Beschränkungen können sich allenfalls aus dem zu erreichenden Zweck ergeben, weil es der vernünftigen Verwaltungsführung darauf ankommen muß, die jeweils für die Befriedigung des öffentlichen Interesses am besten geeignete Form zu finden⁵. So kann die Wahl einer Form oder eines Rechtsinstituts als Formenmißbrauch⁶ mangelhaft sein, wenn für den betreffenden Verwaltungszweck schon eigenständige Formen entwickelt worden sind⁷, oder wenn die gewählte Form auf keinen Fall für den zu erreichenden Zweck bestimmt ist⁸.

Daß Privatrecht Mittel öffentlicher Verwaltung sein kann, ist anerkannt und Gegenstand vielfacher Erörterung im Rahmen der leistenden Verwaltung⁹ (Daseinsvorsorge und Wirtschaftslenkung)¹⁰. Für die dabei begründeten Privatrechtsverhältnisse, in denen unmittelbar öffentliche Verwaltungs- (Leistungs- und Lenkungs-) zwecke verfolgt werden¹¹,

⁴WOLFF AÖR 76, 213; VerwR § 23 I a. Dazu auch OVG Münster DÖV 60, 798

⁵WOLFF VerwR § 23 III b 1

⁶Dazu WOLFF VerwR § 23 III b 2; OVG Münster AS 8, 212 u. DÖV 58, 388 für den Fall des Mißbrauchs einer Form zur rechtswidrigen Erreichung eines rechtlichen Vorteils oder zur Gesetzesumgehung

⁷Vgl. o. S. 21 ⁸VGH Freiburg DÖV-Bad.-Württ.VBl 56, 77

⁹Zu diesem Begriff WOLFF VerwR § 3 II b 2

¹⁰SIEBERT, Festschrift für Niedermeyer S. 215 - 247; FORSTHOFF VerwR S. 320 ff; KAUFMANN in STENGEL-FLEISCHMANN, Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts 2. Aufl. 1914 Bd. III S. 688 ff. (715); WOLFF VerwR § 23; ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allgem. Teil 1. Halbbd. § 34 - jeweils mit ausführlichem Nachweis.

¹¹WOLFF VerwR § 23 I b vor 1

bestehen in zweifacher Hinsicht Besonderheiten. In diesem Verwaltungsprivatrecht ist der Träger der Verwaltung nicht im Vollgenuß der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie¹², sondern unterliegt öffentlich-rechtlichen Bindungen. Im Interesse der Freiheitssphäre des betroffenen Bürgers sind die Grundrechte, insbesondere die Freiheitsrechte und der Gleichheitsgrundsatz zu wahren¹³. Daneben steht noch vor allem im Bereich der öffentlichen Versorgungsunternehmen die besondere Art der Begründung der Rechtsbeziehungen bei dem sogenannten faktischen Vertragsverhältnis¹⁴.

Im Bauordnungsrecht hat die verwaltende Tätigkeit aber einen anderen Gehalt. Hier wird nicht leistende, sondern ordnende Verwaltung betrieben¹⁵.

Die normale Form der ordnenden Verwaltungstätigkeit ist die Ausübung obrigkeitlicher Gewalt durch Gebot und Verbot, weil auf diese Weise der Ordnungszweck am besten erreicht werden kann¹⁶. Da jedoch allenfalls wegen des zu erreichenden Zwecks die Verwendung eines bestimmten Mittels für die öffentliche Verwaltung verboten sein kann, muß die Heranziehung eines privatrechtlichen Instituts für einen Ordnungszweck jedenfalls dann zulässig sein, wenn kein Mittel des öffentlichen Rechts vorhanden ist, daß den Zweck besser erreichen läßt. Also verpflichtet der Umstand, daß eine ordnende Verwaltungstätigkeit ausgeübt wird, für sich allein nicht zu einer Ausnutzung der den Subjekten der öffentlichen Verwaltung zustehenden obrigkeitlichen Gewalt. Vielmehr

¹²WOLFF VerwR § 23 b vor 1. Im einzelnen herrscht darüber noch Streit, vgl. z.B. SIEBERT, Festschrift S. 239 ff. einerseits u. ENNECCERUS-NIPPERDEY S. 226, Fußn. 9 andererseits.

¹³SIEBERT, Festschrift S. 240; ENNECCERUS-NIPPERDEY S. 225/226, Fußn. 8; FORSTHOFF VerwR S. 69; WOLFF VerwR § 23 b 1.

¹⁴Dazu i.e. SIEBERT, Faktische Vertragsverhältnisse Karlsruhe 1958

¹⁵WOLFF VerwR § 3 II b 1 u. 2; DITTUS, Baupolizei? S.3

muß eine solche Verpflichtung entweder ausdrücklich festgelegt sein oder sich daraus ergeben, daß für diesen und ähnliche Verwaltungsfälle eine öffentlich-rechtliche Form oder Institution geschaffen wurde oder doch herangezogen werden kann¹⁷. Hinzukommen muß noch, daß die öffentlich-rechtliche Form besser geeignet ist als die privatrechtliche. Wenn eine Verpflichtung zur Ausübung obrigkeitlicher Gewalt weder festgelegt ist, noch sich aus dem Vorhandensein einer entsprechenden Institution ergibt, darf durchaus auch die ordnende Verwaltung dem Bürger gleichgeordnet auf der Ebene des Privatrechts begegnen. Das hat dann allerdings zur Folge, daß lediglich privatrechtliche Pflichten und Ansprüche - ohne die Möglichkeit einer Durchsetzung mit Mitteln des öffentlichen Rechts - zwischen dem Wahrer der baulichen Ordnung und dem die baurechts-ergänzende Dienstbarkeit übernehmenden Nachbarn entstehen.¹⁸

In der Regel gibt es keine öffentlich-rechtlichen Formen zur Sicherung der bauordnungsrechtlichen Ausnahmevoraussetzungen, die nicht vom im Einzelfall bauerlaubnispflichtigen Grundstück erbracht werden können.¹⁹ Also bestehen vom öffentlichen Recht her keine Bedenken gegen die Zulässigkeit der Dienstbarkeiten, durch die der Wahrer der baulichen Ordnung berechtigt wird.

§ 11 Privatrechtliche Zulässigkeit von baurechts-ergänzenden Grunddienstbarkeiten.

Zweifel an der privatrechtlichen Zulässigkeit der

¹⁶ WOLFF VerwR § 23 II b 1 ¹⁷ s. o. S. 30

¹⁸ WOLFF AÖR 76, 213; VerwR § 22 II c

¹⁹ Vgl. jedoch die Baulasten in Baden-Württemberg und die öffentlich-rechtlichen Baubeschränkungen in Hamburg (Art. 99 Württ. BauO - ZINKAHN Nr. 669 a - bzw. § 11 Abs. 2 Hamb. BauPolVO - ZINKAHN Nr. 666 -) Im einzelnen darüber unten § 14.

zur Ergänzung des Baurechts verwandten Dienstbarkeiten können nur dann bestehen, wenn die Bestimmungen über den zulässigen Inhalt der Dienstbarkeiten nicht beachtet sind. Insbesondere ist zu fragen, ob die zu sichernden Ausnahmenvoraussetzungen als Inhalt von Dienstbarkeiten möglich sind.

Die Grunddienstbarkeit unterscheidet sich dadurch wesentlich von der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, daß das Eigentum am herrschenden Grundstück den Berechtigten bestimmt. Bauordnungsverwaltung durch eine Grunddienstbarkeit¹ kann also nur vorliegen, wenn der Wahrer der baulichen Ordnung Eigentümer des herrschenden Grundstücks ist. Die Wahrung der baulichen Ordnung ist als (leider immer noch so bezeichnetes) "Polizeirecht" Sache der Länder². Die Wahrnehmung dieser Aufgabe ist in der Regel den kommunalen Gebietskörperschaften übertragen³. Als herrschendes Grundstück muß also jeweils ein Grundstück des Gemeindefiskus vorhanden sein. Schon daran wird in den meisten Fällen die Bestellung einer Dienstbarkeit als Mittel der baulichen Ordnung scheitern⁴.

Eine Ergänzung der baulichen Ordnung durch eine Grunddienstbarkeit kommt demnach hauptsächlich dann in Betracht, wenn der Nachbar sein Grundstück zu Gunsten des eine Ausnahme beanspruchenden Bauherrn mit einer Grunddienstbarkeit belastet, die den Bestand der Ausnahmenvoraussetzungen sichert.

Jedoch ist in jedem Einzelfall zu untersuchen, ob die baurechtsergänzende Grunddienstbarkeit einen nach § 1018 BGB zulässigen Inhalt hat. Die in dieser

¹In dem o. S. 29 erörterten Sinne

²Nach dem Gutachten des BVerfGs 3, 407 ff (Bedenken dagegen s. u. § 14, Fußn. 15) jedenfalls insoweit, als es sich um das traditionelle Recht der Baupolizei handelt.

³WIETHAUP, BuG 60, 156; BGH NJW 58, 101; OVG Münster DVBl 58, 803; vgl. weiter das Pr.Gesetz über baupol. Zuständigkeiten vom 15.12.1933 (ZINKAHN Nr. 671) zur Weitergeltung dieses Gesetzes: OVG Münster DVBl 58, 803 = DÖV 60, 431

⁴so z.B. OLG Hamburg HansGZ 1893, 139.

Vorschrift aufgezählten drei Möglichkeiten kann man - vom belasteten Grundstück aus gesehen - dahin zusammenfassen, daß Inhalt der Grunddienstbarkeit nur ein Dulden oder ein Unterlassen sein kann⁵. Der Eigentümer des belasteten Grundstücks kann also nur verpflichtet werden, entweder die Benutzung seines Grundstücks durch den Berechtigten zu dulden oder selbst die Nutzung seines Grundstücks zum Teil⁶ bzw. die Geltendmachung einiger aus seinem Eigentum fließenden Abwehrrechte gegenüber dem Berechtigten⁷ zu unterlassen.

Eine auf eine positive Handlung gerichtete bau-rechtsergänzende Dienstbarkeit z.B. des Inhalts, daß der Eigentümer des dienenden Grundstücks verpflichtet werden soll, ein Gebäude zu entfernen, um den für die besonders intensive Bebauung des herrschenden Grundstücks notwendigen Hofraum dadurch auf seinem Grundstück zu schaffen⁸, kann es also nicht geben⁹. Jedoch kann die Untersagung von Handlungen auch damit zum Ausdruck gebracht werden, daß diejenigen Handlungen angegeben werden, auf deren Vornahme der Eigentümer des dienenden Grundstücks beschränkt ist¹⁰. Selbst wenn nur eine einzige

⁵WESTERMANN SR § 122 II 2; zum zulässigen Inhalt von Grunddienstbarkeiten vgl. besonders MEISNER-STERN-HODES S. 391 - 398, der viele Beispiele von Gebäudegrunddienstbarkeiten oder sonst baurechtlich interessanten Grunddienstbarkeiten bringt.

⁶Dazu DROLSHAGEN, Der Inhalt von Grunddienstbarkeiten Diss. Heidelberg 1911 S. 15 ff., der insbesondere versucht, den Begriff der zu untersagenden Handlung zu fas-

⁷Also nachbarrechtliche Befugnisse gemäß §§ 906 ff. sen. BGB oder gemäß landesrechtlicher Bestimmungen. DROLSHAGEN a.a.O. S. 28, Beispiele S. 30 ff.; Zusammenstellung der nachbarrechtlichen Befugnisse bei LIERMANN, Bauliches Nachbarrecht S. 51 ff., Übersichtsschema S. 43/44.

⁸Ähnliche Fälle in KGJ 20, 95; KG in OLG 18, 146.

⁹Der römisch-rechtliche Grundsatz servitus in faciendo consistere nequit gilt allerdings nicht für Nebenpflichten (§§ 1020 - 1022 BGB). Vgl. DROLSHAGEN a.a.O. S. 38 ff.

¹⁰KGJ 53, 152 (155 f); KG HRR 1929 Nr. 1997 (= LZ 1930, 399); HRR 1931 Nr. 1861. Diese Möglichkeit wird anscheinend von DITTUS NJW 54, 1827 (Sp. 2) verneint.

Handlung erlaubt ist, liegt noch keine Verpflichtung zu einem Tun vor, weil es dem Eigentümer freisteht, überhaupt zu handeln¹¹.

Jedenfalls erscheinen die oben erörterten Fälle der Sicherung von Abständen, Zugänglichkeit und Wasserversorgung und die Fälle der Einrechnungsdienstbarkeiten und Brandmauerservituten als baurechtsergänzende Grunddienstbarkeiten nach § 1018 BGB zulässig.

Die weitere Zulässigkeitsvoraussetzung des § 1019 BGB fordert, daß die Belastung des dienenden Grundstücks für die Benutzung des herrschenden Vorteil bieten muß. Nach dem Wortlaut des § 1019 BGB sind dabei Charakter des herrschenden Grundstücks sowie der ihm dauernd anhaftende Betriebszweck und nicht die persönlichen Verhältnisse des jeweiligen Eigentümers entscheidend.¹² Der Vorteil wird zwar meistens, braucht aber nicht in Geldwert umzusetzen sein¹³. Letzten Endes kommt es auch hier auf die tatsächlichen Verhältnisse des einzelnen Falles an. Der Vorteil hat, da er die B e n u t z u n g des Grundstücks betreffen muß und die Grunddienstbarkeiten des BGB die privatrechtlichen Beziehungen zweier Grundstücke zueinander regeln, privatrechtlicher Natur zu sein¹⁴.

Bei der Verwendung einer Grunddienstbarkeit für

¹¹ Dieser Kernpunkt der Begründung ist in den Entscheidungen des OLG Karlsruhe JFG 4, 378 (382) und des OLG Neustadt NJW 58, 635 nicht gebracht. Vgl. dazu auch MEISNER-STERN-HODES S. 143.

¹² Dazu WESTERMANN, Die Bestimmung des Rechtssubjekts durch Grundeigentum S. 45/46 insbesondere Fußn. 8.

¹³ MEISNER-STERN-HODES S. 398; STAUDINGER-RING Anm. 2 zu § 1019; WOLFF-RAISER § 106 III 1.

¹⁴ H.M.: SIEBERT-BAUR Anm. 1 a zu § 1019 (widersprüchlich dazu allerdings Anm. 4); STAUDINGER-RING Anm. 2 u. 10 zu § 1019; PALANDT-HOCHE Anm. 2 a zu § 1019; ERMAN-RONKE Anm. 2 zu § 1019; SUREN, Begrenzung des Inhalts der Grunddienstbarkeiten, Diss. Breslau 1918 S. 59; DROLSHAGEN a.a.O. S. 43 f. In diesem Zusammenhang sind auch die Ausführungen von BURDET, Die Ablösung der Grunddienstbarkeiten, Diss. Bern 1946 S. 40 - 43 über das schutzwürdige Interesse von Bedeutung.

bauordnungsrechtliche Zwecke geht es den Kommunen jedoch nicht um einen Vorteil für die Benutzung ihres Grundstücks. Vielmehr wollen sie im öffentlichen Interesse den dauernden Bestand der Ausnahmeveraussetzungen sicherstellen. Eine baurechtsergänzende Grunddienstbarkeit des Wahrers der baulichen Ordnung entspricht demnach nur dann der Voraussetzung des § 1019 BGB, wenn die Sicherung des öffentlichen Interesses gleichzeitig zufällig für das herrschende Grundstück einen Benutzungsvorteil mit sich bringt¹⁵. Aber auch dann ist der Benutzungsvorteil nur Begleiterscheinung und damit Vorwand, um die Zulässigkeit zu erreichen. Grundsätzlich kann festgehalten werden, daß eine Ergänzung des Baurechts durch Grunddienstbarkeiten dann rechtlich nicht zulässig ist, wenn die zur Wahrung der baulichen Ordnung berufenen Kommunen selbst als berechtigte Eigentümer des herrschenden Grundstücks auftreten wollen.

Eine Grunddienstbarkeit des Bauherrn, mit der die für sein Bauvorhaben notwendigen Ausnahmeveraussetzungen sichergestellt werden, steht jedoch mit § 1019 BGB im Einklang. Die Sicherung der Ausnahmeveraussetzungen bringt gerade dem herrschenden Grundstück die Bau-Ausnahmeerlaubnis und damit einen Vorteil für die bauliche Ausnutzung. So ist es anerkannt, daß der privatrechtliche Inhalt (und insbesondere Vorteil) einer Grunddienstbarkeit dann nicht entfällt, wenn die Veranlassung zu ihrer Bestellung durch die Bauordnung gegeben wurde¹⁶.

¹⁵ Das dürfte für die angrenzenden, den Gemeinwesen gehörenden Straßengrundstücke niemals der Fall sein, so daß sie generell als herrschende Grundstücke auscheiden. Vgl. BRANDI PrVerwBl 1905/06, 889 und OVG Hamburg HansGZ 1909, 223.

¹⁶ KGJ 40, 247 ff.; RG LZ 1917, 730; STAUDINGER-RING Anm. 2 zu § 1019; PALANDT-HOCHE Anm. 2 a zu § 1019; SUREN a.a.O. S. 60.

Da die Bestellung von baurechtsergänzenden Grunddienstbarkeiten durch Vorschriften der Bauordnungen veranlaßt wird, liegt es nahe, bei ihrer Eintragung auf diese Vorschriften Bezug zu nehmen. Um eine kurze Fassung des Grundbucheintrags zu erreichen, wird zwar die Bezugnahme auf geltende¹⁷ gesetzliche Vorschriften insoweit für zulässig gehalten, als dadurch der Inhalt des einzutragenden Rechts gekennzeichnet wird¹⁸. Wenn jedoch die gesetzlichen Vorschriften nicht allgemein gelten und bekannt sind, insbesondere nicht in einer amtlichen Gesetzessammlung veröffentlicht sind, steht einer Bezugnahme der Grundsatz der Klarheit des Grundbuchs entgegen¹⁹. Eine Bezugnahme auf Vorschriften der örtlichen Bauordnungen, die einem häufigen Wandel unterliegen, räumlich begrenzt gelten und schließlich nicht in einer (allgemein zugänglichen) amtlichen Sammlung veröffentlicht werden, dürfte deshalb unzulässig sein²⁰. Vielmehr müssen die in Frage kommenden Vorschriften in der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung inhaltlich wiedergegeben sein.

§ 12 Privatrechtliche Zulässigkeit von baurechtsergänzenden beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten.

Bei der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit

¹⁷GÜTHE-TRIEBEL Bd. I S. 197; KGJ 26, 271; 34, 281; KG DR 44, 195; OLG Karlsruhe JFG 4, 378; vgl. auch Fußn. 18.

¹⁸H.M.: STAUDINGER-SEUFERT Anm. 11 zu § 874; MEIKEL-IMHOF-RIEDEL Anm. 311 des Anhangs zu § 3; HENKE-MÖNCH-HORBER Anm. 2 C e des Anhangs zu § 44.

¹⁹KGJ 46, 223

²⁰Zu dieser Ansicht kommen sämtliche Kommentatoren (vgl. außer den in Fußn. 18 angegebenen Stellen GÜTHE-TRIEBEL Bd. I S.1018 und OLG 34, 225) der Entscheidung des KG (Fußn. 19) folgend.

ist der Berechtigte individuell als Person bestimmt. Da diese Dienstbarkeit nicht übertragbar und unvererblich ist (§ 1092BGB), erlischt sie mit dem Tode des Rechtsträgers (§§ 1090 Abs. 2, 1061 BGB). Schon deswegen kann eine Ergänzung des Bauordnungsrechts durch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht in Frage kommen, wenn die Dienstbarkeit zu Gunsten einer natürlichen Person bestellt ist: die erforderliche dauernde Geltung ist nicht gegeben. Also scheiden - umgekehrt wie bei der baurechts-ergänzenden Grunddienstbarkeit - hier die Fälle aus, in denen der private Bauherr aus der Dienstbarkeit berechtigt ist. Nur diejenigen beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten können die Bauordnung ergänzen, die einer juristischen Person zustehen und damit dauerhaft sind¹. Allerdings dürfen nur die Gemeinden (oder sonstigen Wahrer der baulichen Ordnung) selbst als Berechtigte auftreten, nicht etwa - wie es verschiedentlich versucht worden ist - ihre Behörden². Behörden sind nicht juristische Personen, sondern Organe juristischer Personen des öffentlichen Rechts.

Hinsichtlich der als persönliche Dienstbarkeit möglichen Befugnisse wird im Gesetz auf die Grunddienstbarkeit verwiesen (§ 1090 Abs. 1 BGB). Was als Inhalt von Grunddienstbarkeiten zulässig ist, kann mit dem Unterschied der persönlichen Berechtigung eine Befugnis für den aus einer persönlichen Dienstbarkeit Berechtigten sein. Also sind die oben (§ 9) genannten Fälle als baurechtsergänzende persönliche Dienstbarkeiten, wobei der Wahrer der bau-

¹BAUR, Sachenrecht § 34 I 1

²H.M. im Anschluß an KGJ 39, 210 und die dort (S. 212) gegebenen weiteren Nachweise. Vgl. außerdem BayObLG Recht 1910 Nr. 3511.

lichen Ordnung Berechtigter ist, ebenso denkbar, wie als baurechtsergänzende Grunddienstbarkeiten zu Gunsten des einer Ausnahme beanspruchenden Bauherrn³.

Als weiteres Inhaltserfordernis wird die Vorteilhaftigkeit angesehen⁴.

Dieses Erfordernis wurde vom Reichsgericht⁵ damit begründet, daß in § 1090 Abs. 1 BGB hinsichtlich des zulässigen Inhalts einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit auf den Inhalt der Grunddienstbarkeit verwiesen wird. Da auch § 1019 Satz 1 als eine Vorschrift angesehen wurde, die ein Inhaltserfordernis aufstellt, forderte das Reichsgericht mangels eines herrschenden Grundstücks und entsprechend der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit eigenartigen Berechtigung, daß die Dienstbarkeit dem persönlich Berechtigten Vorteil bieten muß⁶.

Entsprechend dem Vorteilsbegriff des § 1019 BGB verlangte das Reichsgericht zunächst einen privatrechtlichen, wirtschaftlichen Vorteil⁷. Das hatte zur Folge, daß in der Rechtsprechung bei der Untersuchung der Zulässigkeit von beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten im öffentlichen Interesse häufig in "gekünstelten Ausführungen"⁸ fragwürdige Konstruktionen gebracht wurden, um zu einem "fiskalischen" und damit - so meinte man - privatrecht-

³s. o. S. 35

⁴STAUDINGER-RING Anm. 2; SIEBERT-BAUR Anm. 5 u. 6; ERMAN-RONKE Anm. 3; PALANDT-HOCHE Anm. 4; RGRK - DENECKE Anm. 4 2. Absatz - jeweils zu § 1090; GÜTHE-TRIEBEL Bd. II S. 1765 f.

⁵RG 61, 338 (341) = JW 1905, 692

⁶Wegen dieses Hinweises auf den Unterschied zur Grunddienstbarkeit in STAUDINGER-RING Anm. 2 zu § 1090 ist anzunehmen, daß dieser Kommentar das Vorteilserfordernis wegen § 1019 BGB aufstellt.

⁷RG 61, 341

⁸Diese Formulierung gebraucht das KG HRR 1929 Nr. 387

lichen Vorteil zu gelangen⁹.

Später gab das Reichsgericht seine Auffassung hinsichtlich des Charakters des Vorteils auf.¹⁰ Es blieb zwar ausdrücklich bei dem Vorteilserfordernis, ließ aber unentschieden, ob der Vorteil in entsprechender Anwendung des § 1019 BGB gefordert werden müsse, da "nach den Regeln der allgemeinen Erfahrung" "mit der Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ohne einen damit verbundenen Vorteil nicht zu rechnen"¹¹ sei. Das Reichsgericht verlangte nur, daß das Bedürfnis des Berechtigten sich zur Verfolgung mit Rechtsbehelfen des Privatrechts eignen müsse. Das sei bei Verfolgung öffentlich-rechtlicher Zwecke dann der Fall, wenn der Staat die Dienstbarkeit in ein völlig privatrechtlich gestaltetes Verhältnis zum Bürger unter Verzicht auf seine obrigkeitlichen Machtmittel einfüge¹².

Die weitaus überwiegende Meinung ist bei dem solchermaßen abgeschwächten Vorteilserfordernis geblieben, ohne jedoch eine Begründung dafür zu bringen.¹³ Allerdings wird verschiedentlich darauf hingewiesen, daß § 1019 BGB nicht anzuwenden sei¹⁴.

⁹ z.B. wurde ausgeführt, daß Villenviertel den Fremdenverkehr heben und wohlhabende Einwohner herbeiziehen, was Steuervorteile zur Folge habe. KG PrVerwBl 1913, 31; OLG 41, 172 mit Erörterung ähnlicher Entscheidungen; OLG Karlsruhe JFG 4, 378

¹⁰ RG 111, 384 (392) = PrVerwBl 1927, 346

¹¹ RG 111, 392. Deswegen ist die Bezugnahme von SIEBERT-BAUR in Anmerkung 6 zu § 1090 auf RG 111, 392 unrichtig.

¹² RG 111, 393: "Anderes mag sich ergeben, wenn das Verhältnis des Einzelnen zum Gemeinwesen bereits durch öffentlich-rechtliche Normen als ein öffentlich-rechtliches geregelt ist." Folgerichtig hätte das RG dann die Zulässigkeit der baurechtsergänzenden persönlichen Dienstbarkeit verneinen müssen, weil das Verhältnis Gemeinwesen-Bürger hier - nämlich im Bauordnungsrecht schon öffentlich-rechtlich geregelt ist. Diese Konsequenz hat es jedoch in RG 159, 197 f nicht gezogen. Vgl. auch GÜTHE-TRIEBEL Bd. II S. 1766.

Die sich auf § 1019 BGB beziehende Begründung für das Vorteilserfordernis geht auch fehl. In § 1090 Abs. 1 BGB ist zur näheren Charakterisierung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nicht schlechthin auf den Inhalt der Grunddienstbarkeit verwiesen. Vielmehr ist nur gesagt, daß dem Berechtigten eine Befugnis zustehen muß, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann. Verwiesen ist damit ausschließlich auf die in § 1018 BGB genannten Möglichkeiten der sich aus einer Grunddienstbarkeit ergebenden Befugnisse¹⁵. Der eine geschlossene Einheit darstellende § 1019 BGB beschäftigt sich demgegenüber mit einer Begrenzung des Inhalts. Er setzt die möglichen Befugnisse schon als gegeben voraus. In der generellen Verweisungsvorschrift des § 1090 Abs. 2 BGB ist auf § 1019 im Gegensatz zu §§ 1020 oder 1021 BGB nicht hingewiesen. § 1019 steht aber ebenso selbständig neben § 1018 wie die §§ 1020 oder 1021 BGB, die im weiteren Sinne auch Inhaltsbestimmungen geben, so daß ebenso wie auf diese auch auf § 1019 BGB hätte verwiesen werden müssen. Das wäre umsomehr zu erwarten gewesen, als § 1019 BGB nur unter erheblicher Veränderung seines Inhalts entsprechend angewendet werden kann¹⁶.

¹³Vgl. FuBn. 4. WESTERMANN SR § 123 I u. § 122 II 3 b und anscheinend auch WOLFF-RAISER S. 453, sowie (jedoch nicht eindeutig) BAUR, Sachenrecht § 34 I 2 b verlangen nicht die Vorteilhaftigkeit.

¹⁴z.B. SIEBERT-BAUR Anm. 6 zu § 1090. Dabei ist nicht immer völlig eindeutig gesagt, daß auch keine entsprechende Anwendung in Frage kommt.

¹⁵Das ergibt sich auch daraus, daß in § 1090 Abs. 1 zunächst die "Benutzung in einzelnen Beziehungen" ausdrücklich genannt ist und dann nebengeordnet auf die (nicht genannten) Befugnisse verwiesen wird.

¹⁶In diesem Zusammenhang fällt auf, daß § 1090 Abs. 2 neben § 1019 auch nicht auf § 1025 BGB verweist: in beiden Vorschriften ist vom herrschenden Grundstück die Rede.

Schließlich und vor allem ist aber darauf hinzuweisen, daß § 1019 für die persönliche Dienstbarkeit durch § 1091 BGB ersetzt ist¹⁷. § 1091 begrenzt wie § 1019 die aus der Dienstbarkeit fließende Befugnis, so daß beide Vorschriften sich entsprechen¹⁸. Damit ist auch die fehlende Verweisung erklärt.

Wenn aber § 1019 BGB als Begründung für das Vorteilserfordernis nicht in Betracht kommt, ist kein Grund mehr ersichtlich, an einer solchen inhaltlichen Zulässigkeitsvoraussetzung festzuhalten.

Allerdings hat das Reichsgericht - wenn auch ohne ersichtlichen Zusammenhang mit den übrigen Entscheidungsgründen - ausgeführt, daß das Fehlen eines (schutzwürdigen) Vorteils "die Rechtsschutzbedürftigkeit für das Verlangen einer Dienstbarkeitsbestellung in Frage stellen" könne¹⁹. Anscheinend geht es dabei von einem dem Grundbuchamt gegenüber für die Eintragung nachzuweisenden Rechtsschutzbedürfnis aus.

Dagegen ist aber festzuhalten, daß der Begriff des Rechtsschutzbedürfnisses nur im Prozeßrecht bzw. bei einem Parteienverfahren, nicht aber im Grundbuchverfahren gebräuchlich ist²⁰. Wenn das Reichsgericht diesem materiellen Begriff des Rechtsschutzbedürfnisses einen formellen Begriff der Art gegen-

¹⁷ Zu § 1091 (§ 1046 des I. Entwurfs, der später nur noch im Wortlaut, nicht jedoch inhaltlich geändert wurde) heißt es in Mot. III, 567: "Der Entwurf giebt nicht, wie bei der Grunddienstbarkeit, eine absolute Vorschrift, welche den Inhalt der Dienstbarkeit nach einem Zwecke derselben begrenzt." Vgl. weiter WESTERMANN SR § 123 I 3.

¹⁸ So wohl auch RG 111, 392

¹⁹ RG 111, 392

²⁰ Vgl. SCHÖNKE, Das Rechtsschutzbedürfnis, Detmold - Frankfurt a.M. - Berlin 1950, der nur auf den Zivilprozeß einschließlich des Zwangsvollstreckungsverfahrens und auf das Konkursverfahren eingeht. Bezeichnend ist auch, daß in keiner Darstellung des Grundbuchverfahrens und in keinem Kommentar zur GBO sich dieser Begriff findet.

überstellen will, daß bei jeder Inanspruchnahme staatlicher Tätigkeit durch eine Privatperson ein schutzwürdiges Interesse gegeben sein muß, so kann dem entgegengehalten werden, daß dieses formelle Rechtsschutzbedürfnis immer schon deswegen gegeben ist, weil die Eintragung des Rechts zu seiner Entstehung notwendig ist. Der Grundbuchrichter muß die Eintragung verfügen, wenn die von der GBO aufgestellten formellen Voraussetzungen gegeben sind und die Eintragung inhaltlich zulässig ist.

Als inhaltliche Zulässigkeitsvoraussetzung kann jedenfalls das Vorteilserfordernis nicht aufrechterhalten werden²¹. Also können in den gleichen Fällen, in denen auch die Heranziehung der Grunddienstbarkeit zulässig ist, beschränkte persönliche Dienstbarkeiten zu Gunsten des Wahrers der baulichen Ordnung bestellt werden.

4. Kapitel Zweckmäßigkeit der Ergänzung

§ 13 Bedenken gegen die Zweckmäßigkeit der Ergänzung durch Dienstbarkeiten.

Der Bauordnungsbehörde geht es vor allem darum, den dauernden Bestand der Ausnahmevoraussetzungen zu sichern. Darüber hinaus soll aber auch die durch die Sonderregelung notwendig gewordene Belastung eines an sich im Baugenehmigungsverfahren nicht beteiligten Grundstückes für Bauwillige oder spätere Erwerber offenkundig gemacht werden. Gerade weil

²¹ Als solche wird es von der überwiegenden Meinung gesehen. Wenn es nur um ein formelles Rechtsschutzbedürfnis ginge, das bei jeder Inanspruchnahme staatlicher Tätigkeit vorhanden sein muß, brauchte es nicht gesondert und nur für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit gefordert zu werden.

es sich um einen Sonderfall handelt, muß Wert darauf gelegt werden, die Sonderregelung, die nicht schon durch das allgemeine Bauordnungsrecht gesichert werden kann, gesondert sicherzustellen und auch offenkundig zu machen.

Soweit mit dem Institut der Dienstbarkeit die Sonderregelung offengelegt werden soll, lassen sich schwerwiegende Bedenken hinsichtlich der Zweckmäßigkeit nicht erheben: das Grundbuch ist das eigentliche Mittel, Rechtsverhältnisse an Grundstücken der Allgemeinheit insgesamt und Interessenten insbesondere kundzutun.

Allerdings ergeben sich aus dem Grundbuchverfahren doch einige Schwierigkeiten¹. Die große Formstrenge des Grundbuchs bringt eine gewisse Umständlichkeit und Langsamkeit bei Eintragungen mit sich. Bei der grundbuchamtlichen Tätigkeit und evtl. bei der Einschaltung eines Notars entstehen - oftmals erhebliche - Kosten. Andererseits wäre es für das Grundbuch wünschenswert, daß es - schon um wenigstens eine gewisse Übersichtlichkeit zu bewahren - nicht auch noch mit Eintragungen belastet wird, die teils reine öffentlich-rechtliche Interessen - allerdings im zivilrechtlichen Gewande - offenlegen oder teils zwar wesentliche private Interessen betreffen, aber doch besser eine öffentlich-rechtliche Regelung erfahren hätten.

Der dauernde Bestand der bauordnungsrechtlichen Sonderregelung wird jedoch durch die Dienstbarkeiten nicht in dem Grade gewährleistet, den das öffentliche Interesse fordern muß.

Bei der Ergänzung durch eine Grunddienstbarkeit wird der die Ausnahme beanspruchende Bauherr als

¹Dazu DITTUS, Baurecht im Werden S. 268.

Eigentümer des herrschenden Grundstücks berechtigt.

Die beteiligten Eigentümer des herrschenden und des dienenden Grundstücks können theoretisch - nachdem das herrschende Grundstück entsprechend der wegen der Dienstbarkeit erteilten Ausnahme bebaut worden ist - die Dienstbarkeit wieder aufheben. Die Bauordnungsbehörde hätte dann keine rechtliche Möglichkeit, die Löschung zu verhindern. Allerdings könnte sie verlangen, daß das nunmehr materiell baurechtswidrige Bauwerk auf dem früher herrschenden Grundstück dem normalen Baurecht entsprechend umzugestalten ist oder sogar abgerissen werden muß. So hat der Eigentümer des herrschenden Grundstücks naturgemäß das stärkste und nächste Interesse an der Erhaltung der Grunddienstbarkeit². Aber dennoch ist damit das grundsätzliche Bedenken nicht aus dem Wege geräumt. Gerade in Zeiten der Wohnungsnot³ wird der Staat bestrebt sein, die Beseitigung von erhaltungswürdigem Wohnraum zu vermeiden⁴. Deswegen wird die Bauordnungsbehörde - die materielle Baurechtswidrigkeit des Bauwerks stillschweigend duldend - nicht die Anpassung an das normale Baurecht verlangen, die der Beseitigung gleichkommen würde (z.B. Abreißen der über das normale Höhenmaß hinausragenden Stockwerke). In

²AG Hamburg in HansGZ 1900, 222

³Die Entscheidung des PrOVG 33, 409 aus dem Jahre 1908 bestätigte allerdings eine polizeiliche Verfügung, mit der die Räumung von zwei Wohnungen verlangt wurde, deren Benutzung durch die Teilung eines vormals einheitlichen Grundstücks mit dem Bauordnungsrecht in Widerspruch geriet.

⁴Die Beseitigung würde dem Grundsatz der Erhaltung bestehender Werte widersprechen. Dazu WESTERMANN, Bauliches Nachbarrecht S. 37, 38 u. 41, sowie Württ. Bad. VGH VerwRspr 1953, 458 Nr. 98. Dieser Grundsatz ist gesetzlich niedergelegt im V. Abschnitt des WBewG vom 31. 3. 1953, insbesondere § 22 und in der VO über den Abbruch von Gebäuden vom 3.4.1937 (RGBl I, 440). Dazu ROQUETTE WBewG Anm. 2 vor § 22 u. HERR MDR 57, 340.

vielen Fällen wird die Bauordnungsbehörde sogar nachträglich einen Dispens erteilen, weil dieser dafür da ist, Härten zu vermeiden⁵.

Aber auch schon dann, wenn der Eigentümer des belasteten Grundstücks für sich allein der Grunddienstbarkeit zuwider handelnd z.B. auf dem freizuhaltenen größeren Grenzstreifen Bauwerke errichtet, kann die Bauordnungsbehörde gegen ihn nicht vorgehen. Er ist nicht Störer, sofern er nur den auf seinem Grundstück nach normalem Bauordnungsrecht notwendigen kleineren Grenzstreifen unbebaut läßt. Die Frage der polizeimäßigen Beschaffenheit eines Grundstücks ist nur im Hinblick auf dieses Grundstück zu prüfen⁶. Der Grundstückseigentümer ist grundsätzlich aus öffentlichem Recht nicht verpflichtet, sich Einschränkungen in der an sich öffentlich-rechtlich zulässigen baulichen Ausnutzung seines Grundstücks wegen der Art der Bebauung des Nachbargrundstücks zu unterwerfen⁷. Die Bauordnungsbehörde hat eben nur die Möglichkeit, einen Druck auf den Eigentümer des herrschenden Grundstücks auszuüben, damit dieser seinerseits gegen den Eigentümer des belasteten Grundstücks mit den servitutischen Rechtsbehelfen vorgeht.

Aus diesen Gründen hat das Reichsverwaltungsgericht in einer Entscheidung aus dem Jahre 1941 eine baupolizeiliche Verfügung bestätigt, in der einem Eigentümer aufgegeben wurde, die Fenster in seiner auf der Grenze stehenden, also als Brandmauer geltenden Mauer zu verschließen, obwohl auf dem Nachbargrundstück eine Bauverbotsgrunddienstbarkeit

⁵Der Grundsatz der Erhaltung von erhaltungswürdigem Wohnraum könnte in Zeiten der Wohnungsnot durchaus die Dispensvoraussetzung "Grund des allgemeinen Wohls" erfüllen.

⁶Ständige Rechtsprechung des PrOVG, vgl. 42, 353; 33, 413. Ebenso BALTZ-FISCHER S. 165; FRIEDRICHS PrVerwBl 1905/06 S. 227/228 und BRANDI PrVerwBl 1905/06 S. 887.

⁷PrOVG 65, 412. Vgl. aber Fußn. 8 unten.

in einer Breite von 7 m (!) lastete⁸.

Es ist allerdings verschiedentlich versucht worden, die Grunddienstbarkeiten dem direkten Einfluß der Bauordnungsbehörde zu unterstellen. Am naheliegendsten war, die Grunddienstbarkeit jeweils mit einem Zusatz zu versehen, daß sie ohne Einwilligung der betreffenden Gemeinde oder Behörde nicht gelöscht werden dürfe. Eine solche Eintragung ist jedoch nicht zulässig. Der Zusatz betrifft weder Inhalt noch Maß der Dienstbarkeit. Er ist keine Bedingung. Vielmehr kann er nur als Belastung des am Grundstück haftenden Rechts aufgefaßt werden: es handelt sich um eine besondere Verfügungsbeschränkung, die gemäß § 137 BGB zwar schuldrechtliche, aber keine dingliche Wirkung haben kann. Da sie kein dingliches Recht sein kann, ist sie nicht eintragungsfähig⁹.

⁸RVerwG 1, 118 ff. Gegen diese Entscheidung HAMEL ZAKDR 42, 120 f mit durchaus beachtlichen, vorwiegend praktischen Erwägungen. In der Tat ist es häufig unbillig, für die Verpflichtung zur Errichtung einer Brandmauer und damit für die Zulässigkeit von Fenstern auf die grundbuchmäßige Grenze abzustellen (so jedoch ProVG 64, 531; 79, 387). Ebenso wie im Sachenrecht das Wirtschaftsgrundstück maßgeblich sein muß (vgl. WESTERMANN SR § 71, II; Die Bestimmung des Rechtssubjekts durch Grundeigentum, Heide 1942, S. 45 ff.; Die Forstnutzungsrechte, Hannover 1942, S. 97 ff), spricht auch im Baurecht manches dafür, das Baugrundstück wirtschaftlich, nämlich hinsichtlich seines Herrschaftsbereichs und dessen Eigenart (vgl. WESTERMANN, Die Bestimmung des Rechtssubjekts durch Grundeigentum S. 34 u. S. 78), zu bestimmen. Allerdings kann HAMEL nicht die im Text hinsichtlich der Zweckmäßigkeit aufgeführten Bedenken widerlegen: die Bauordnungsbehörde ist nach geltendem Recht entgegen seiner Ansicht nicht befugt, gegen den Nachbarn einzuschreiten. Vgl. auch BAUR, Sachenrecht, S. 97.

⁹BRANDI PrVerwBl 1905/06, 888; AG Hamburg HansGZ 1900, 222. Die andere Ansicht in KG HRR 1931 Nr. 1867 beruhte darauf, daß in dem zu entscheidenden Fall Pr. Recht anzuwenden war. Deswegen kam es nicht darauf an, "ob unter der Geltungszeit der RGBO die Eintragung derartiger Baubeschränkungen erfolgen darf oder nicht."

Schließlich ist die Bedeutung der Tatsache nicht zu unterschätzen, daß die Bauordnungsbehörde hinsichtlich ihrer Kenntnis von der Errichtung eines dienstbarkeitswidrigen Bauwerks auf eigene Initiative und Prüfung angewiesen ist.¹⁰ Das kann in einzelnen Fällen dazu führen, daß das dienstbarkeitswidrige Bauwerk 30 Jahre besteht und damit die Dienstbarkeit gemäß § 1028 BGB erlischt.

Diese Schwierigkeiten erkennend¹¹ ist in der Berliner Bauordnung vom 3. 11. 1925¹² versucht worden, in der Vorschrift über Hofgemeinschaften selbst (§ 8 Ziff. 15) den Bestand der Dienstbarkeit mit dem Zusatz zu sichern, daß nach Löschung der Dienstbarkeit der Nachbar die Höhe der Gebäude an seinem Hofe mit den normalen Vorschriften in Übereinstimmung bringen müsse. Doch gelten für diese Vorschrift die oben schon hinsichtlich des Grundsatzes der Erhaltung bestehenden Werte erörterten Bedenken in gleicher Weise¹³. Im übrigen ist sie auch überflüssig, weil sich diese Folge schon von selbst ergibt.

Bei der Wahl der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit als eines dem Wahrer der baulichen Ordnung zustehenden Sicherungsmittels scheiden die gegen die Grunddienstbarkeit vorgebrachten Bedenken - bis auf das wegen der Verjährung - aus. Der Bestand der Dienstbarkeit und damit die Sicherung der Ausnahmevoraussetzung hängt von der Bauordnungsbehörde ab, weil das

¹⁰ BRANDI a.a.O. S. 889 forderte, daß die Grundbuchrichter vor Löschung jeder Beschränkung den betreffenden Gemeindeverwaltungen Mitteilung machen müßten.

¹¹ In der älteren Literatur (vgl. die oben § 3, Fußn. 5 genannten Autoren) wurde häufig noch erwähnt, daß die Bestellung baurechtsergänzender Dienstbarkeiten für Grundstücke in der Hand eines Eigentümers wegen der Unzulässigkeit der Eigentümergrunddienstbarkeit (RG 47, 202) nicht möglich sei. Diese Schwierigkeit besteht nicht mehr, nachdem in RG 142, 234 der frühere Standpunkt aufgegeben wurde.

¹² BALTZ-FISCHER 5. Aufl., Berlin 1926, S. 690 ff.

¹³ s.o. S. 45, besonders Fußn. 4.

Gemeinwesen, dessen Behörde sie ist, aus der Dienstbarkeit berechtigt ist.

Hier zeigt sich jedoch die Schwierigkeit der privatrechtlichen Berechtigung zur Durchsetzung des Bauordnungsinteresses. Denn die Bauordnungsbehörde kann nicht mit den ihr eigenen Mitteln rasch und schlagkräftig gegen eine Zuwiderhandlung vorgehen. Vielmehr ist sie auf den zeitraubenden Weg des Zivilprozesses verwiesen, der die Gleichsetzung der Parteien mit sich bringt. Ein Zeitverlust, der durch die prozessuale Geltendmachung der dienstbarkeitsrechtlichen Ansprüche entsteht, kann sich dabei sehr nachteilig auswirken, wenn der Eigentümer des belasteten Grundstücks in der Zwischenzeit z.B. das dienstbarkeitswidrige Gebäude errichtet. Auch dabei ist der Grundsatz der Erhaltung bestehender Werte zu beachten¹⁴.

Insgesamt gesehen erscheint deshalb eine öffentlich-rechtliche Sicherung besser.

§ 14 Ergänzung durch Baulasten.

In Hamburg behilft man sich mit einer gesetzlich für Ausnahmefälle vorgesehenen öffentlich-rechtlichen Baubeschränkung¹. Dabei kann jedoch nicht erreicht werden, daß die Sonderregelung auch offenkundig ist.²

Als beste Lösung erscheint das Institut der sogenannten Baulast³.

¹⁴ s.o. S. 45 insbesondere Fußn. 4. Im übrigen gelten diese Bedenken ebenso für die Grunddienstbarkeit und schließlich auch für einen privatrechtlichen Vertrag, der jedoch schon wegen der mangelnden Offenkundigkeit ausscheidet.

¹ § 11 Abs. 2 Hamb. BauPolVO (ZINKAHN Nr. 666).

² Das gilt auch für die Möglichkeit (dazu OVG Münster DÖV 60, 798 ff.) einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung.

³ Der Gebrauch dieses Wortes mit dem Sinn der Unterhaltungspflicht oder Erstellungspflicht hinsichtlich

Eine Definition des Begriffs Baulast⁴ brachte § 237 des BBauGentwurfs der Hauptkommission: "Die Baulast ist eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung des jeweiligen Eigentümers gegenüber der Baubehörde zu einem sein Grundstück betreffenden baurechtlich bedeutsamen Handeln, Dulden oder Unterlassen, die sich nicht schon aus baurechtlichen Vorschriften ergibt, sondern ausschließlich durch Willenserklärung des Eigentümers übernommen wird." Mit der Dienstbarkeit hat die Baulast die dinglich wirkende Beschränkung des Eigentums gemeinsam. Jedoch wird sie nicht wie die beschränkte persönliche Dienstbarkeit einer juristischen Person, sondern einer Behörde gegenüber als Verpflichtung übernommen. Eine weitere Besonderheit liegt darin, daß eine Baulast auch zu einem Tun verpflichten kann. Die Baulast ist gerade für die Sicherung einer Ausnahmeregelung gedacht, die sich nicht bereits mittelbar oder unmittelbar aus dem Gesetz ergibt. Die besondere Bedeutung einer Baulast liegt also auch darin, daß nunmehr ein Grundeigentümer zur Erreichung einer Ausnahmegenehmigung auch die nur sein Grundstück betreffenden Ausnahmeversetzungen besonders sicherstellen kann, so daß die Bauordnungsbehörde nicht nur auf Nebenbestimmungen zur Bauerlaubnis beschränkt bleibt. Den beteiligten Grundstückseigentümern ist im übrigen überlassen, sich über die Bestellung einer Baulast und über den Entgelt dafür zu einigen⁵, wobei die Rechte Dritter zu beachten sind (§ 876 BGB).

³(Fortsetzung von S. 49) öffentlicher Gebäude (Kirchenbaulast, Schulbaulast) ist unschädlich, da er selten ist und der jeweilige Sinnzusammenhang eine Verwechslung ausschließt. Vgl. Begründung des BBauGentwurfs der Hauptkommission zu § 237, S. 191.

⁴Im einzelnen dazu: DITTUS, Baurecht im Werden, S. 267 ff.; BALTZ-FISCHER S. 166 ff.; Begründung des BBauGentwurfs der Hauptkommission S. 189 bis 195.

⁵DITTUS, Baurecht im Werden, S. 271.

Die Baulasten werden in einem - dem Grundbuch entsprechenden - Baulastenbuch mit einzelnen Baulastenblättern eingetragen. Dies wird von der Baubehörde geführt, weil sich bei ihr die einzelnen Baupläne und sonstigen Unterlagen befinden⁶. Da das Buch nur die bestehenden Baulasten erkennbar machen soll, genügt es, wenn erst bei der erstmaligen Übernahme einer Baulast für ein Grundstück das Baulastenblatt angelegt wird. Erst dann erscheint das Grundstück überhaupt im Baulastenbuch. Besteht für ein Grundstück kein Baulastenblatt, dann ist davon auszugehen, daß keine Baulast auf dem Grundstück ruht⁷.

Außerdem sollen in das Baulastenbuch sogenannte Bauvermerke aufgenommen werden⁸. Dabei handelt es sich um bestehende öffentlich-rechtliche Verpflichtungen oder Berechtigungen des jeweiligen Eigentümers auf Geldleistungen oder auf ein sein Grundstück betreffendes baurechtlich bedeutsames Handeln, Dulden oder Unterlassen, die auf baurechtlichen Vorschriften beruhen. Hier hat die Eintragung also nur deklaratorische Bedeutung. Ein Bedürfnis für die Eintragung von Bauvermerken besteht - es sei erinnert an die Versuche, baurechtswiederholende Dienstbarkeiten zu bestellen⁹ - deswegen, weil damit die grundbuchergänzende Wirkung des Baulastenbuches erst voll erreicht wird: jeder (z.B. Kauf-) Interessent wird durch Einsicht in beide Bücher einen Überblick über die Gesamtbelastung eines Baugrundstückes bekommen. Er braucht sich nicht erst mit etwaigen Ausnahmenvorschriften der Bauordnung bekanntzumachen, die gerade auf das ihn interessierende Grundstück Anwendung finden.

⁶§ 239 des BBauGentwurfs der Hauptkommission

⁷DITTUS, Baurecht im Werden, S. 274

⁸§§ 236 und 238 des BBauGentwurfs der Hauptkommission.

⁹Vgl. o. § 5 Fußn. 1 sowie S. 8.

Im Gebiet der Bundesrepublik gibt es die Baulasten in Württemberg auf Grund der Württ. BauO vom 28. 7. 1910¹⁰. Auch in Baden gab es seit dem Jahre 1908 Baulastenbücher¹¹.

In den übrigen Ländern der Bundesrepublik ist man jedoch weiter auf andere Behelfe zur Sicherung von Ausnahmeveraussetzungen angewiesen, weil in der endgültigen Fassung des BBauGs die Baulasten nicht enthalten sind. Allerdings finden sie sich in einer Musterbauordnung, die vom Bund und den Ländern gegenwärtig ausgearbeitet wird¹², in den §§ 109 bis 112. Diese Bestimmungen stimmen mit den §§ 236 bis 239 des BBauGentwurfs der Hauptkommission in manchen Teilen fast wörtlich überein¹³. Die Musterbauordnung soll - ähnlich der Pr. EBauO für Städte vom 25. 4. 1919 - von den einzelnen Ländern übernommen werden. Dieses Verfahren ist notwendig geworden, weil das Bundesverfassungsgericht in einem auf Grund des früheren § 97 BVerfGG erstatteten Gutachten aus dem Jahre 1954¹⁴ die Zuständigkeit zur Regelung des Bauordnungsrechts zum größeren Teil dem Bunde abgesprochen und den Ländern zugewiesen hat¹⁵. Doch ist zu befürchten, daß - ähnlich

¹⁰ZINKAHN Nr. 669 a: z.B. Art. 91 Abs. 3, Art. 99. In den §§ 88 -97 der Verfügung des Ministers des Innern zum Vollzug der BauO vom 10. 5. 1911 (mit nachträglichen Änderungen) sind die Anlegung und Führung der Baulastenbücher geregelt (ZINKAHN Nr. 669 b). Vgl. auch die Entscheidung des VGH Bebenhausen DÖV Bad.Württ.VerwBl 57, 29.

¹¹Bad.VO über die Einrichtung und Führung von Baulastenbüchern vom 19.12.1908 (Bad.GVBl 673).

¹²Vgl. ZINKAHN, Einleitung zum BBauGentwurf der Hauptkommission S. X u. Geleitwort zur 4. Ergänzungslieferung.

¹³Allerdings wird statt Baulastenbuch der Begriff Baulastenverzeichnis verwandt, ohne daß eine sachliche Änderung damit verbunden wäre.

¹⁴BVerfG 3, 407 ff

¹⁵Die Begründung dieses Gutachtens, dem quasi gesetzliche Kraft zukommt, weil es für beide Senate bei der Urteilsfindung bindend ist (BVerfG 2, 79), gibt zu Bedenken Anlaß. Bei konsequenter Fortführung

wie bei der Übernahme des sog. Lemgoer Musterentwurfs vom 12. 8. 1947 für ein Aufbaugesetz der Länder¹⁶ - manche Länder bei der Übernahme und den damit verbundenen Änderungen der Musterbauordnung die Bestimmungen über die Baulasten fallen lassen werden, so daß wiederum die geschilderten Schwierigkeiten bei der notwendigen Ergänzung des Bauordnungsrechts auftauchen werden.

¹⁵(Fortsetzung von S. 52) der Thesen des Gutachtens hat nämlich der Bund die Gesetzgebungskompetenz auch für das sog. Baupolizeirecht, weil

- a) das Baupolizeirecht als Ordnungsgewalt ein Annex des Sachgebiets Bauwesen ist, das nach dem Gutachten in seiner Gesamtheit vom Bunde geregelt werden soll, und
- b) darüber hinaus stillschweigende Bundeskompetenz vorliegt kraft Sachzusammenhangs mit
- aa) dem Planungsrecht und bb) dem Wohnungsbaupolizeirecht, die beide vom Gutachten dem Bund zur Regelung überwiesen worden sind.

Weiter ist die Bedeutung des Gutachtens deswegen anzuzweifeln, weil es sich über Baupolizeirecht im herkömmlichen Sinne und nicht über das Bauordnungsrecht im modernen Sinne (gleich Bauwerksrecht) ausläßt. Vgl. auch DITTUS, Baupolizei? und BVerfG DVBl 1959, 393 mit Anm. von DITTUS = VerwRspr. 11 Nr. 126. (Der Verfasser hatte im Wintersemester 1956/57 in dem öffentlich-rechtlichen Seminar an der Universität Münster, das unter der Leitung von Prof. Dr. H.J. Wolff steht, sich im einzelnen in seinem Seminarreferat mit dem Gutachten auseinanderzusetzen.)

¹⁶DITTUS, Baupolizei? S. 1.

2. Teil

K o l l i s i o n

1. Kapitel Möglichkeit der Kollision

§ 15 Abgrenzung von anderen Kollisionsmöglichkeiten

Eine umfassende, ins einzelne gehende öffentlich-rechtliche Bauordnung läßt für den Einfluß privater Rechte, mit denen häufig dem öffentlichen Interesse entgegengesetzte Absichten verfolgt werden, auf das Baugeschehen wenig Raum. Je intensiver eine Bauordnung ist, desto eher können also Gebäudedienstbarkeiten mit ihr kollidieren. Dabei ist der Begriff Kollision weiter zu fassen, als daß darunter nur das gegenseitige Ausschließen von gesetzlicher und dienstbarkeitlicher Forderung verstanden werden könnte. Vielmehr wird man alle die Fälle als Kollisionsfälle bezeichnen können, in denen die private Berechtigung aus der Dienstbarkeit und das Verlangen der bauordnungsrechtlichen Vorschrift einander irgendwie - wenn auch nur zum Teil - entgegenstehen, eine negative Wirkung aufeinander ausüben. Sofern also zwischen Dienstbarkeit und baulicher Ordnung eine Beziehung besteht¹ und diese weder als Übereinstimmung noch als Ergänzung aufgefaßt werden kann, liegt eine Kollision vor.

Die Kollision einer Dienstbarkeit mit einem anderen Nutzungsrecht hinsichtlich des belasteten Grundstücks, die nur bei Gleichrangigkeit beider Rechte möglich ist,² wird - obwohl sie ziemlich bedeutungslos sein

¹ Von vornherein ausgeschlossen sind also die Fälle, in denen bauliche Ordnung und Dienstbarkeit keine Beziehung zueinander haben, was bei dem Wirkungsgrad der baulichen Ordnung allerdings sehr selten der Fall sein wird. (Vgl. dazu o. S. 3/4).

² SCHRADE, Grunddienstbarkeit, S. 56 f.

dürfte³ - in § 1024 BGB behandelt⁴. Die Beteiligten können eine der Interessenlage und Billigkeit entsprechende Regelung durch das Gericht verlangen. Der Gedanke liegt nahe, diese Art der Regelung einer Rechtskollision, in die eine Dienstbarkeit verwickelt ist, als Grundsatz zu nehmen, sie also analog auf die Kollision zwischen Dienstbarkeit und baulicher Ordnung anzuwenden. Auch hier könnte man von der Intensität des Interesses ausgehend zu einem gerichtlichen Ausgleich kommen. Der Richter müßte dabei wahrscheinlich in fast allen Fällen der Anforderung des öffentlichen Rechts den Vorzug geben, weil das öffentliche und das private Interesse schwer vergleichbar sind. Jedoch stehen sich hier nicht zwei private Berechtigungen, sondern die Forderung des Gesetzes und ein privatrechtlicher Anspruch gegenüber. Es liegt ein dem Wesen nach anderer Sachverhalt als in § 1024 BGB vor, der nicht die gleiche Rechtsfolge haben kann. Damit scheidet eine Analogie aus⁵.

§ 16 Die Grundfälle der Kollision

Die Feststellung, daß einer privaten Berechtigung ein Gesetz entgegensteht, kann aber nicht dazu führen, daß die Folge einer solchen Kollision grundsätzlich der Wegfall der privaten Berechtigung ist. Vielmehr bedarf die Erörterung der Folgen einer Kollision einer vorherigen Untersuchung der verschie-

³Einen möglichen Fall betrifft die Entscheidung KG in OLG 15, 359 (361).

⁴Der Widerstreit zwischen Dienstbarkeit und Hypothek tritt erst in der Zwangsversteigerung auf und wird nach den Vorschriften des ZVG (§§ 10 ff., 44 ff., 52 und 90 ff.) gelöst. Der Widerstreit zwischen Dienstbarkeit und Miete oder Pacht findet seine Regelung in §§ 577 ff. BGB. Vgl. STAUDINGER-RING Anm. 3 zu 1024.

⁵WOLFF, VerwR § 28 III d.

denen Kollisionsmöglichkeiten: es muß herausgestellt werden, wie es zu einer Kollision kommt, in welcher Weise sie sich abspielt, welche Interessen jeweils einander gegenüberstehen. Erst nachdem die möglichen Kollisionsfälle auf Grundfälle zurückgeführt sind, können für diese jeweils die Folgen oder Lösungsmöglichkeiten erörtert werden.

Als Unterscheidungsmerkmale bieten sich dabei die Entstehungsart und die Erscheinungsform der Kollision an.

Bei der Unterscheidung nach der Entstehungsart ist zu fragen, welche Form der Regelung die frühere war. Je nachdem, ob die neu bestellte Dienstbarkeit einer schon vorhandenen Vorschrift des Bauordnungsrechts zuwiderläuft, oder ob eine neu erlassene Norm auf eine entgegengesetzte Dienstbarkeit trifft, kann man von baurechtswidriger Dienstbarkeit oder dienstbarkeitswidriger Norm sprechen.

Wegen der dauernden Fortentwicklung des Bauwesens¹ ist es durchaus möglich, daß Bauordnungsrecht neu geschaffen oder verändert wird. Es können dann für künftige Bauvorhaben neue, bislang nicht erhobene Forderungen aufgestellt werden oder sogar Veränderungen an bereits errichteten Bauwerken verlangt werden. Wenn eine schon vorhandene Dienstbarkeit von diesen Forderungen berührt wird, liegt eine dienstbarkeitswidrige Norm vor.

Wegen der Vielzahl der in verschiedenen Gesetzen zerstreut auftretenden, häufig nur mit örtlicher Geltung versehenen bauordnungsrechtlichen Bestimmungen oder wegen der besonderen Intensität des privaten Interesses kann es auch zur Bestellung einer Dienstbarkeit kommen, die der geltenden baulichen Ordnung zuwiderläuft. Allerdings werden die

¹Vgl. o. § 3 Fußn. 1 und § 4 Fußn. 2. Weiter DITTUS, Baupolizei? S. 5.

beteiligten Grundeigentümer (bzw. Dienstbarkeitsinteressenten) nicht leichtfertig im Bewußtsein der Baurechtswidrigkeit eine solche Dienstbarkeit bestellen. Weil die Dienstbarkeit nicht die Verpflichtung zu einem Tun als Hauptpflicht begründen kann, ist nur eine dem Bauordnungsrecht widersprechende, neu bestellte Dienstbarkeit möglich, mit der die Errichtung eines baurechtsgemäßen Bauwerks untersagt wird. Also kann eine baurechtswidrige Dienstbarkeit nur eine Regelung aufstellen, die für ein noch zu errichtendes und damit bauordnungsrechtlich genehmigungspflichtiges Bauwerk Bedeutung hat.

Die Frage nach der Erscheinungsform der Kollision bezieht sich auf die Grundstücke, hinsichtlich derer die privatrechtliche und die öffentlich-rechtliche Regelung vorgenommen wurde. Die in einer Dienstbarkeit enthaltene Regelung des Baugeschehens betrifft den baulichen Zustand des belasteten Grundstücks. Bei einer Grunddienstbarkeit ist sie jedoch abhängig vom baulichen Zustand auf dem herrschenden Grundstück, weil eine Dienstbarkeit das dienende dem herrschenden Grundstück nutzbar machen und für es auch von Vorteil sein muß. Die Regelung der Bauordnung bezieht sich auf alle bebauten oder bebaubaren Grundstücke, setzt also Vorschriften für das dienende wie für das herrschende Grundstück. Entweder stimmt der vorhandene oder noch zu schaffende Zustand des dienenden Grundstücks, wie er der Dienstbarkeit entspricht (bzw. entsprechen würde), mit den Anforderungen der Bauordnung nicht überein, oder die vorhandene oder vorgesehene bauliche Ausnutzung des herrschenden Grundstücks, wie sie der Grunddienstbarkeit entspricht bzw. durch sie verbessert wird, läuft den Bestimmungen des Bauordnungsrechts zuwider.

Eine Unterscheidung nach der Erscheinungsform ist bei den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten mangels eines herrschenden Grundstücks nicht möglich.

Im übrigen sind aber die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten für die Erörterung der Kollision deswegen bedeutungslos, weil sie als private Regelung des Baugeschehens mangels Dauerhaftigkeit nicht in Frage kommen² u. ³

Bei einer Kombination der beiden Unterscheidungs-
möglichkeiten ergeben sich folgende 4 Grundfälle:

1. Kollision des Baugeschehens⁴ auf dem herrschenden Grundstück mit den Anforderungen der baulichen Ordnung bei Bestellung einer baurechtswidrigen Grunddienstbarkeit.

Beispiel:⁵ Ein einheitliches Grundstück wird geteilt, so daß^{das} darauf stehende Gebäude nunmehr mit einer Fensterwand an der Grundstücksgrenze steht. Für das Gebäudegrundstück wird an dem abgeteilten Grundstück eine Grunddienstbarkeit des Inhalts bestellt, daß ein Grenzstreifen von 5 m zwecks ausreichender Belichtung der Fensterwand unbebaut zu bleiben hat. Nach der Bauordnung muß eine Grenzwand als Brandmauer ohne Fenster aufgeführt sein und muß ein durch Grenzänderung entstandenes neues Grundstück den Anforderungen des Bauordnungsrechts entsprechend baulich verändert werden.

2. Kollision des Baugeschehens auf dem herrschenden

²Vgl. o. S. 3

³Die theoretische Möglichkeit, daß eine Kollision sowohl im Zustand des dienenden als auch des herrschenden Grundstücks auftritt, ist nicht als Grundfall von Bedeutung, sondern nach den für die Grundfälle aufzustellenden Richtlinien zu behandeln.

⁴Unter diesem Begriff soll der bereits bestehende und der noch zu schaffende bauliche Zustand verstanden werden.

⁵Vgl. den der Entscheidung RVerwG 1, 118 ff. zugrundeliegenden Sachverhalt.

Grundstück mit den Anforderungen der baulichen Ordnung bei Erlass einer grunddienstbarkeitswidrigen Norm.

Beispiel⁶: Der Eigentümer des dienenden Grundstücks ist verpflichtet, das Ableiten des Regenwassers vom Nachbardach auf sein Grundstück zu dulden. Nach einer neu erlassenen Bauordnung ist das Ableiten des Regenwassers auf das Nachbargrundstück (bzw. -dach) verboten.

3. Kollision des Baugeschehens auf dem dienenden Grundstück mit den Anforderungen der baulichen Ordnung bei Bestellung einer baurechtswidrigen Dienstbarkeit.

Beispiel: Der Eigentümer eines Hauses läßt sich zur Erhaltung seiner Aussicht eine Dienstbarkeit bestellen, wonach auf dem Nachbargrundstück nur eingeschossig gebaut werden darf. Nach der Bauordnung ist das ganze Gelände Mischgebiet, in dem zweigeschossige Bauweise vorgeschrieben ist.

4. Kollision des Baugeschehens auf dem dienenden Grundstück mit den Anforderungen der baulichen Ordnung bei Erlass einer dienstbarkeitswidrigen Norm.

Beispiel⁷: Das Beispiel des Grundfalls 3 mit der Variation, daß nach Bestellung der Dienstbarkeit das Gelände umgezont und zum Mischgebiet erklärt wird.

§ 17 Eintritt der Kollision

Der Zeitpunkt, in dem die Kollision tatsächlich eintritt und einer Lösung bedarf, ist nicht schon

⁶Vgl. den der Entscheidung Pr.OVG 98, 206 zugrunde liegenden Sachverhalt.

⁷Als Beispiel kann auch der Fall in der Entscheidung KG JFG 22, 188 = HRR 41 Nr. 447 dienen. Dabei ging es um die Vereinbarkeit mit dem Wohnsiedlungsgesetz.

dann anzusetzen, wenn die baurechtswidrige Dienstbarkeit bzw. die dienstbarkeitswidrige Norm entsteht. Vielmehr kann man erst im Zeitpunkt des Vollzuges von einer tatsächlichen Kollision reden. Erst dann, wenn die einander gegenüberstehenden Regelungen auf ein Einzelbauvorhaben angewandt werden müssen, ist ein Außerachtlassen einer der beiden Regelungen unvermeidlich. Bis zu diesem Augenblick kann die Dienstbarkeit noch aufgehoben oder die Norm noch umgeändert und dadurch die nur drohende, noch nicht eingetretene Kollision vermieden werden.

Also tritt eine Kollision dann auf, wenn ein Bauherr für sein Bauvorhaben die Genehmigung beantragt, bzw. - in den Fällen, in denen die Bauordnungsbehörde von sich aus tätig wird - wenn sie dem Eigentümer mit einem Baugebot gegenübertritt.

Im ersten Fall hat der Bauherr zwar die theoretische Möglichkeit, überhaupt nicht zu bauen und damit der Kollision aus dem Wege zu gehen. Es handelt sich jedoch nur um eine theoretische Möglichkeit. Man kann vom Einzelnen und von der Allgemeinheit bei dem heutigen Mangel an Bauplätzen nicht verlangen, daß ein bebaubares Grundstück zur Vermeidung einer Kollision unbebaut bleiben muß. Auch und gerade für diese Fälle ist es notwendig, zu einer zumutbaren Bereinigung der Kollision zu kommen.

Bei einem Baugebot ist dagegen die Kollision unausweichlich. Als Baugebot ist einmal der Befehl an einen Grundeigentümer aufzufassen, sein bisher unbebautes oder (kriegs)zerstörtes Grundstück zu bebauen, zum andern die Aufforderung, sein bereits errichtetes Bauwerk mit den Anforderungen des Baurechts in Einklang zu bringen.

Zu einem Baugebot im letzteren Sinne kommt es im Rahmen der überwachenden Tätigkeit der Bauordnungsbehörde¹, wenn ein Bauherr anders als in der Bau-

¹THIEL, Baupolizeirecht, S. 4/5 bezeichnet diese Tätigkeit als zweite Hauptaufgabe.

genehmigung erlaubt gebaut hat oder wenn sich die Grundstücksverhältnisse oder bauordnungsrechtliche Vorschriften geändert haben und so der vorher baurechtsgemäße Bau dem materiellen Baurecht nunmehr widerspricht. Bei der Anwendung geänderter Vorschriften auf vorhandene Anlagen ist aber darauf Rücksicht zu nehmen, daß diese baulichen Anlagen bislang dem Bauordnungsrecht entsprachen, so daß nur dann eine Änderung gefordert werden darf, wenn zwingende Gründe der Gesundheit oder der Sicherheit dies fordern² u. ³. Bei der Änderung der Grundstücksverhältnisse muß jedoch grundsätzlich der bauliche Zustand der neuen Grundstücke in vollem Umfange mit den Vorschriften der Bauordnung in Einklang gebracht werden⁴.

Ein Baugebot im Sinne eines Befehls, ein Grundstück erstmalig oder wieder völlig neu zu bebauen, war dem bisherigen Baupolizeirecht unbekannt⁵. Es wurde durch die auf dem Lemgoer Entwurf beruhenden Aufbau-gesetze der Länder eingeführt⁶. Von diesen Baugeboten sollte auch nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn ein besonderes öffentliches Interesse an der Bebauung bestand⁷. Deshalb ist in der Praxis ein

²Vgl. Begründung des BBauG Entwurfs der Hauptkommission zu § 40, S. 59; BALTZ-FISCHER S. 388 ff.; § 35 EBauO (ZINKAHN Nr. 660); § 33 Berliner BauO (ZINKAHN Nr. 663 b); § 128 BauG Saar (ZINKAHN Nr. 669 c); § 39 Hamb. BauPolVO (ZINKAHN Nr. 666); § 35 LandesbauO für Oldenburg (ZINKAHN Nr. 668); § 85 Hessisches BauG (ZINKAHN Nr. 667); § 5 Bad. LandesbauO (ZINKAHN Nr. 662); § 166 BauO für Schleswig-Holstein (ZINKAHN Nr. 669).

³Zu der Frage, ob und wann in der Herabzonung und Umklassifizierung von Baugebieten ein entschädigungspflichtiger Eingriff zu sehen ist, vgl. WIETHAUP MDR 59, 12 ff. und auch PIETZONKA DVBl 59, 87.

⁴BALTZ-FISCHER S. 391. Eine entsprechende Vorschrift ist in allen Bauordnungen enthalten.

⁵KG JFG 22, 188 ff. (192); GÖDERITZ-BLUNCK, NRW Anm. 1 zu § 49.

⁶Vgl. z.B. § 52 AufbauG Niedersachsen (ZINKAHN Nr. 175), § 49 AufbauG NRW (ZINKAHN Nr. 195 u. die Zusammenstellung bei PATHE DVBl 50, 37 Fußn. 54.

⁷GÖDERITZ-BLUNCK, Nds. Anm. 2 zu § 52.

solches Baugebot sehr selten zu finden.⁸

Diese Art des Baugebots ist vom BBauG nicht übernommen worden. Zwar gibt § 59 Abs. 5 BBauG die Möglichkeit, im Anschluß an ein Umlegungsverfahren ein Baugebot auszusprechen. Doch kann es dabei nicht zu einer Kollision kommen, weil im Umlegungsverfahren die entgegenstehende Dienstbarkeit beseitigt werden wird. Auch die nach § 86 Abs. 1 Ziff. 5 BBauG mögliche Anordnung, eine vorhandene bauliche Anlage zu ändern oder zu beseitigen, die nur im Rahmen des Enteignungsverfahrens und bei Vorliegen sämtlicher Enteignungsvoraussetzungen zulässig ist, kann nicht als solches Baugebot aufgefaßt werden. Eine Änderungsanordnung kann nicht so weit gehen, ein überhaupt nicht vorhandenes Bauwerk völlig neu zu errichten.⁹

2. Kapitel Möglichkeit der Bestellung baurechtswidriger Dienstbarkeiten

§ 18 Bauordnungsvorschriften als Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB

Mit der Bestellung einer baurechtswidrigen Dienstbarkeit (Grundfälle 1 und 3) entsteht ein Privatrecht, das bestehendem öffentlichen Recht zuwiderläuft.

Eine allgemeine Vorschrift dahingehend, daß es unmöglich ist, solche Privatrechte zu begründen, gibt es nicht.

§ 306 BGB hat in diesem Zusammenhang keine Bedeutung. Der Bestellungsvertrag über die Dienstbarkeit ist selbst dann nicht auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet, wenn die nach der Dienstbarkeit einzig

⁸Nach einer Erkundigung des Verfassers bei der Bauordnungsbehörde in Osnabrück ist im Stadtkreis Osnabrück, der zu 60 bis 70 % kriegszerstört war, bis zum Jahre 1960 kein Baugebot ausgesprochen worden.

⁹SCHÜTZ-FROHBERG Anm. 19 zu § 86, s. auch Anm. 21.

zulässige Bauweise dem Baurecht widerspricht. Der belastete Eigentümer vermag objektiv die von der Dienstbarkeit geforderte Leistung, die nur im Unterlassen der dienstbarkeitswidrigen, nicht jedoch im Errichten der dienstbarkeitsgemäßen baulichen Anlage bestehen kann, zu erbringen, indem er überhaupt nicht baut.

Die Bestellung eines dem öffentlichen Recht widersprechenden Privatrechts könnte aber gesetzlich verboten und deshalb gemäß § 134 BGB nichtig sein.

Diese Bestimmung ist eine Blankettnorm, die die Geltung zwingender Rechtssätze sanktionieren will¹. Ob ein Rechtsgeschäft gesetzlich verboten ist, und weiter, ob aus diesem Verbot die Nichtigkeit des dennoch vorgenommenen Geschäfts zu folgern ist, ergibt sich aus dem Wortlaut und dem Zweck der zwingenden Vorschrift, deren Geltung § 134 BGB sanktionieren will². Verbotsgesetz kann eine Vorschrift dann sein, wenn sie die rechtsgeschäftliche Handlung verbietet, unter Strafe stellt usw., sich also auf die Vornahme dieser Handlung bezieht, oder wenn sie den Inhalt, den Erfolg des Geschäfts mißbilligt³. So kann ein Rechtsgeschäft deswegen verboten sein, weil eine Vorschrift die in ihm versprochene Handlung verboten hat⁴, oder weil sie als Gebotsnorm den einzig zulässigen Weg zu einem wirtschaftlichen Ziel normieren wollte, so daß durch Rechtsgeschäft ein anderer Weg nicht mehr eröffnet werden kann⁵. Immer muß sich

¹ STAUDINGER-COING Anm. 2 zu § 134; SIEBERT-HEFERMEHL Anm. 2 zu § 134.

² STAUDINGER-COING Anm. 2 a.E. zu § 134; SIEBERT-HEFERMEHL Anm. 1 u. 3 zu § 134; LEHMANN § 29 III 2; LANGE § 52 I; ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allgem. Teil 2. Halbbd. § 190 II 1.

³ Vgl. insbesondere ENNECCERUS-NIPPERDEY § 190 II vor 1 aber auch LEHMANN § 29 III 2 u. STAUDINGER-COING Anm. 2 zu § 134, der im Gegensatz zur h.M. (vgl. SIEBERT-HEFERMEHL Anm. 1 zu § 134) in jeder Norm, die zwingend gelten will und keinen Raum für abweichende Gestaltung läßt, ein Verbotsgesetz sehen will.

⁴ ENNECCERUS-NIPPERDEY § 190 II vor 1.

⁵ LANGE § 52 II 3.

aber - das folgt aus dem Wortlaut des § 134 BGB - das Verbot nach seinem Sinn und Zweck gegen das Rechtsgeschäft selbst, also gegen seine privatrechtliche Wirksamkeit richten⁶.

Die kollidierenden Bauordnungsvorschriften beziehen sich unmittelbar auf den baulichen Zustand eines Grundstücks. Ihre zwingende Forderung gebietet eine der Bauordnung gemäße und verbietet eine ihr widersprechende Bauweise. Darin erschöpft sie sich aber auch. Einen darüber hinausgehenden Zweck haben Bauordnungsvorschriften nicht. Insbesondere ist es nicht ihr Sinn, auf die privatrechtliche Wirksamkeit von Rechtsgeschäften einzuwirken, die ihrerseits die Bebauung eines Grundstücks zum Gegenstand haben. Man würde sonst zu dem grotesken Ergebnis kommen, daß z.B. ein Architektenvertrag mit dem Inhalt, einen dem materiellen Baurecht widersprechenden Entwurf für ein Bauwerk zu erstellen, verboten und nichtig wäre.

Also können Bauordnungsvorschriften generell nicht Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB sein.

§ 19 Bedeutung der für die Bestellung von Dienstbarkeiten bestehenden Genehmigungserfordernisse

Als Verbotsgesetze könnten jedoch Bestimmungen in Frage kommen, die die Bestellung gewisser Dienstbarkeiten von einer behördlichen Genehmigung abhängig machen. Allerdings wird in diesen Fällen, da grundsätzlich die Bestellung von Dienstbarkeiten erlaubt ist, ein Verstoß gegen die Genehmigungsvorschrift nicht die Nichtigkeit, sondern nur die schwebende Unwirksamkeit zur Folge haben¹. Immerhin liegt nahe

⁶ ENNECCERUS-NIPPERDEY § 190 II vor 1

¹ H.M.: vgl. STAUDINGER-GOING Anm. 6 zu § 134; SIEBERT-HEFERMEHL Anm. 22 zu § 134; ENNECCERUS-NIPPERDEY § 190 II 3 mit weiterem Nachweis in Fußn. 29.

zu vermuten, daß mit der auf Grund solcher Bestimmungen möglichen Kontrolle die Möglichkeit der Bestellung baurechtswidriger Dienstbarkeiten entfällt.

Die Genehmigungserfordernisse nach dem Reichsheimstättengesetz² und dem Kontrollratsgesetz Nr. 45³ interessieren in diesem Zusammenhang nicht, da sie die Wirtschaftlichkeit der Heimstätte bzw. des land- oder forstwirtschaftlichen Grundstücks sicherstellen sollen⁴. Schon deswegen können sie nicht als Kontrolle über baurechtswidrige Dienstbarkeiten in Frage kommen, die in den meisten Fällen städtische Dienstbarkeiten sind. Vielmehr war bislang für baurechtswidrige Dienstbarkeiten nur das Genehmigungserfordernis nach dem Wohnsiedlungsgesetz⁵ von Bedeutung. Nach § 4 Wohnsiedlungsgesetz, der gemäß §§ 186 Abs. 1 Ziff. 10 und 189 Abs. 1 BBauG am 29.6.61 außer Kraft tritt, bedarf jede Vereinbarung, die einem anderen erstmalig ein Recht zur Nutzung oder Bebauung eines Grundstücks oder Grundstücksteiles einräumt, zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung der Wohnsiedlungsbehörde, wenn das Grundstück in einem zum Wohnsiedlungsgebiet erklärten Gebiet liegt. Da regelmäßig ein Landesteil, in dem sich ein intensiveres bauliches Geschehen vollzieht, zum Wohnsiedlungsgebiet erklärt worden ist, kann man davon ausgehen,

²Neufassung vom 24.11.1937 (RGBl I 1289)

³vom 20.2.1947 (VOBl Brit.Zone 43) mit zahlreichen VOen.

⁴Nach § 17 Abs. 3 Reichsheimst.G hat der Heimstatter einen Anspruch auf Genehmigung des Ausgebers der Heimstätte zur Eintragung einer mit der ordnungsmäßigen Wirtschaft zu vereinbarenden Grunddienstbarkeit, vgl. HAEGELE Rdn. 391. Die Genehmigungspflicht nach dem Kontrollratsgesetz Nr. 45 erstreckt sich nicht auf die Bestellung von Dienstbarkeiten, weil diese keine Belastungen des Grundstücks sind, auf Grund deren Leistungen zu entrichten sind (Art. IV VO Nr. 84 der Militärregierung)- i.e. vgl. WESTERMANN § 122 IV 1 u. HENKE-MÖNCH-HORBER Anm. 10 Ba zu § 19 GBO.

⁵ZINKAHN Nr. 10.

daß immer, wenn eine Gebäudedienstbarkeit bestellt wird, die betreffenden Grundstücke im Wohnsiedlungsgebiet liegen. Als Vereinbarung im Sinne des § 4 Wohnsiedlungsgesetz ist insbesondere auch die Bestellung von Dienstbarkeiten⁶ anzusehen. Die Wohnsiedlungsgenehmigung ist unter anderem dann zu versagen, wenn ein erhebliches öffentliches Interesse entgegensteht (§ 6 Wohnsiedlungsgesetz). Dieser Grund wird bei einer mit bestehendem öffentlichen Baurecht kollidierenden, also eindeutig öffentlichen Interessen zuwiderlaufenden Dienstbarkeit immer gegeben sein⁷.

Die damit gegebene Kontrollmöglichkeit reicht jedoch nicht aus, die Bestellung baurechtswidriger Dienstbarkeiten generell zu unterbinden. Sie betrifft nur die sogenannten Benutzungsdienstbarkeiten⁸, die einem anderen ein Recht zur Benutzung oder Bebauung des belasteten Grundstücks geben. Alle Dienstbarkeiten, die die Nutzung des belasteten Grundstücks durch dessen Eigentümer in Form einer Unterlassungspflicht beschränken, unterliegen nicht der Genehmigungspflicht⁹. Dazu gehören aber die Hauptmöglichkeiten einer Kollision (vgl. die Grundfälle): z.B. die dienstbarkeitliche Abstandspflicht oder die Erhöhungsverbote. Zweifelhaft ist sogar, ob sich die Genehmigungspflicht auf alle Benutzungsdienstbarkeiten

⁶ HAEGELE Rdn. 382; HENKE-MÖNCH-HORBER Anm. 10 B b zu § 19 GBO; GAMMERER DNotZ 35, 81

⁷ Allerdings wird die Ansicht vertreten, daß auch dieser Versagungsgrund nur dann bei Rechtsgeschäften Geltung haben könne, wenn eine bauliche Nutzung des Grundstücks erfolgen soll, weil das Wohnsiedlungsgesetz generell Grundstücksgeschäfte nur bei einer Bauungsabsicht erfasse. Vgl. KÖRNER NJW 59, 132.

⁸ Vgl. STAUDINGER-RING Anm. 21 zu § 1018

⁹ DITTUS NJW 54, 1828; BayObLG NJW 58, 1092 ff.

auswirkt¹⁰. Jedenfalls konnte auf Grund des § 4 Wohnsiedlungsgesetz nicht in jedem Falle, sondern nur in einem geringeren Teil der Fälle die Bestellung einer baurechtswidrigen Dienstbarkeit verhindert werden.

Diese geringe Kontrollmöglichkeit entfällt mit dem Inkrafttreten des BBauGs gänzlich. In § 19 BBauG ist eine dem § 4 Wohnsiedlungsgesetz auch insoweit entsprechende Bestimmung, wie sie noch in § 26 Abs. 1 Ziff. 2 c des BBauGentwurfs der Hauptkommission und in § 23 Abs. 1 Ziff. 3 b der Bundestagsdrucksache 336 der 3. Wahlperiode enthalten war, nicht mehr vorhanden.

Dabei war der BBauGentwurf der Hauptkommission gegenüber dem Wohnsiedlungsgesetz insofern noch vollständiger und deshalb besser, als er in seinem 9. Teil (bauliches Nachbarrecht) in § 231 nachbarliche Vereinbarungen einer Genehmigungspflicht unterstellte. Auf Grund dieser Vorschrift des Entwurfes wäre es möglich gewesen, die Bestellung baurechtswidriger Dienstbarkeiten gänzlich zu verhindern, weil sie gerade die Übereinstimmung etwaiger Vereinbarungen mit den Ergebnissen der Bauleitplanung und dem sonstigen Baurecht gewährleisten sollte.¹¹

¹⁰ DITTUS bejaht die Frage wegen des Wortlauts von § 4 Wohnsiedlungsgesetz, während das BayObLG sie unter Hinweis auf den Zweck des Wohnsiedlungsgesetzes verneint und das Genehmigungserfordernis auf diejenigen (sog. eigentlichen Benutzungs-) Dienstbarkeiten beschränken will, die das dienende Grundstück in einer Weise und in einem Umfang beeinträchtigen, die erst die Möglichkeit zu einer Gefährdung des Wirtschaftsplanes in sich bergen, (insbesondere wenn die Haltung einer baulichen Anlage auf dem dienenden Grundstück oder die Ausbeutung seiner Bodenbestandteile gestattet wird).

¹¹ Begründung des BBauGentwurfs der Hauptkommission zu § 231, S. 181; WESTERMANN, Bauliches Nachbarrecht S. 40. Diese Vorschrift geht auf den Vorschlag von WESTERMANN zurück (vgl. ZINKAHN im Vorwort zum BBauGentwurf der Hauptkommission S. X).

Eine entsprechende Vorschrift fehlt im BBauG. Überhaupt ist das gesamte bauliche Nachbarrecht darin nicht aufgenommen worden. Man wollte die Vorschriften des baulichen Nachbarrechts bei einer Neufassung in das BGB übernehmen¹².

Auch hier ist wieder festzustellen - wie bei der Erörterung der Baulasten¹³ - daß das BBauG die Ergebnisse des Entwurfs der Hauptkommission nicht enthält und deshalb unvollständig ist.

3. Kapitel Bedeutung des Dispenses für die Kollision

§ 20 Kollision durch Dispens

Auch wenn zur Genehmigung eines Bauvorhabens ein Dispens erteilt wird, kann es zu einem Widerstreit zwischen der öffentlich-rechtlichen und der privatrechtlichen Regelung kommen; z.B. wenn ein Bauherr entgegen der nach der Bauordnung vorgesehenen offenen Bauweise im Dispenswege die Genehmigung erhält, an der Grenze ohne Bauwich zu bauen, während die Dienstbarkeit des Nachbarn einen Grenzabstand von 4 m vorsieht. Als eine echte Kollision im Sinne eines Gegenüberstehens von zwingendem öffentlichen Recht und privater Berechtigung kann dieser Fall nur dann angesehen werden, wenn die in dem Dispens liegende Abweichung von Regelvorschriften des Bauordnungsrechts als für einen Einzelfall neu gesetztes, öffentliches Recht anzusehen wäre. Der Umstand, daß der Dispens von einer Verwaltungsbehörde erlassen wird¹, spricht

¹²SCHÜTZ-FROHBERG Einleitung S. 6 ; Vgl. jedoch hierzu die Bedenken von WESTERMANN, Bauliches Nachbarrecht S. 13.

¹³s.o. § 14 S. 52

¹Allerdings ist Beschlußform vorgeschrieben, außerdem ist ein Dispens häufig von der Zustimmung der höheren Behörde abhängig (vgl. PIETZONKA NJW 57, 1582).

für sich allein nicht gegen eine solche Möglichkeit, weil die Rechtsetzung durch eine Verwaltungsbehörde dem geltenden Recht nicht unbekannt ist².

Da die in dem Dispens liegende Anordnung³ jedoch einen individuell bestimmten Sachverhalt, nämlich ein Einzelbauvorhaben betrifft, ist sie als Verwaltungsakt (extern konkrete Anordnung⁴), und weil sie ein bestimmtes Rechtsverhältnis abändert, als rechtsgestaltender Verwaltungsakt⁵ zu qualifizieren.

Ein Dispens kann jedoch nur die Rechtsstellung des Bauherrn betreffen und rechtlich gestalten. Sie darf die Rechtsstellung eines Dritten z.B. des Nachbarn nicht beeinträchtigen. Andernfalls ist dieser zu einem Vorgehen gegen die dispensierende Behörde auf dem Klagewege berechtigt⁶. Der Dispens darf auch nicht in private Rechte des Nachbarn eingreifen und will es auch nicht, weil er "unbeschadet der Rechte Dritter" ergeht⁷.

Deswegen wird die mit einem Dispens erlaubte Bauweise in jedem Falle von einer entgegenstehenden Dienstbarkeit verhindert werden. Also ist eine tatsächliche Kollision bei der durch einen Dispens geschaffenen Situation niemals gegeben.

²Vgl. BROHM, Rechtsschutz S. 38; WOLFF VerwR § 17 III a und insbesondere § 25 VII

³Im Sinne von WOLFF VerwR § 45 II b 2 B 88 bzw. c.

⁴WOLFF § 45 II c 2 B

⁵WOLFF § 47 I b führt die Ausnahmegewilligung (Dispens) ausdrücklich als Beispiel für einen rechtsgestaltenden Verwaltungsakt an, ebenso PIETZONKA NJW 57, 1583. "Der Dispens bedeutet nicht nur in formeller Hinsicht eine Aufhebung bestimmter Einzelvorschriften durch einen Verwaltungsakt, sondern materiell einen Widerspruch zu Sinn und Zweck der Norm."

⁶s.o. § 7 S. 17 u. BROHM, Rechtsschutz S. 93 ff. sowie PIETZONKA NJW 57, 1583 ff.

⁷BROHM, Rechtsschutz S. 92 mit ausführlichem Nachweis in Fußn. 17.

§ 21 Verhinderung der Kollision durch Dispens

Die Bedeutung des Dispenses hinsichtlich der Kollision von Dienstbarkeit und baulicher Ordnung liegt vielmehr darin, daß mit ihm Kollisionen vermieden werden können. Der Dispens gibt als ein für das Baurecht typisches Rechtsgebilde¹ die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen zur Milderung von Härten, die sich gerade im Baurecht aus der Anwendung der allgemeinen Rechtssätze auf einen besonderen Sachverhalt ergeben können², die vorgeschriebene bauliche Ordnung dem Einzelfall anzupassen³.

Allerdings ist die Bauordnungsbehörde nicht zur Bewilligung eines Dispenses verpflichtet, weil es sich um eine ihrem Ermessen im Sinne von volitivem (Handlungs-) Ermessen⁴ unterliegende Entscheidung handelt⁵.

Fast alle zwingenden bauordnungsrechtlichen Vorschriften sind zur Aufrechterhaltung eines geordneten und gesunden Gemeinwesens und damit letztlich auch im Interesse der einzelnen Bauherrn unerlässlich. Deswegen darf eine Befreiung nur dann ausgesprochen werden, wenn in dem konkreten Fall eine kaum vorsehbare Sondersituation gegeben ist und ein Festhalten am Gesetz "widersinniges Verhalten"⁶ sein würde.

Nach § 5 EBauO⁷ und entsprechend nach allen anderen

¹OVG Münster DVBl 57, 547

²BALTZ-FISCHER S. 168; CLASEN BuG 58, 399; KLEFFNER BuG 57, 203; PIETZONKA NJW 57, 1582

³BROHM, Rechtsschutz S. 90; Pr.OVG 105, 212. Zum Unterschied zwischen Dispens und Ausnahme s.o. § 8 S. 19/20

⁴WOLFF VerwR § 31 II a

⁵H.M.: Vgl. WOLFF § 31 II c 1; CLASEN BuG 58, 400; PIETZONKA NJW 57, 1583

⁶KLEFFNER BuG 57, 204

⁷ZINKAHN Nr. 660.

Dispensbestimmungen ist Voraussetzung für die Erteilung eines Dispenses entweder, daß Gründe des allgemeinen Wohls eine Abweichung erfordern, oder daß die Durchführung der Bauordnungsvorschrift im Einzelfall zu einer offenbar (von der Bauordnung) nicht beabsichtigten Härte führen würde und die Abweichung mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist. Die erste Alternative wird nie bei einem Dispens zutreffen, der bewilligt wird, um die Kollision der Bauordnung mit einem Privatrecht zu vermeiden. Die unbeabsichtigte Härte, die erste der beiden Voraussetzungen der zweiten Alternative, braucht nach dem Wortlaut der Bestimmung nicht im Hinblick auf den Bauherrn vorzuliegen⁸. Zwar wird das der Regelfall sein; ebenso kann die Durchführung der bauordnungsrechtlichen Vorschrift aber auch zu einer unbeabsichtigten Härte für den Grundstückseigentümer (wenn der Bauherr nicht mit ihm identisch ist) oder für einen an dem Baugrundstück Berechtigten (z.B. aus einer Dienstbarkeit) führen. Eine solche Härte ist nicht immer schon dann gegeben, wenn durch zwingende Vorschriften der Bauordnung die wirtschaftliche Ausnutzbarkeit eines Baugrundstücks beeinträchtigt ist. Jede Anforderung im öffentlichen Interesse kann eine wirtschaftliche Beeinträchtigung mit sich bringen⁹. Also braucht, auch wenn der Vollzug der kollidierenden Baurechtsnorm die Erfüllung des privaten Nutzungsinteresses unmöglich macht, mit einem Kollisionsfall nicht immer ein Härtefall vorzuliegen. Erst recht ist die Abweichung von dem normalen Baurecht und damit die Berücksichtigung eines privaten Inter-

⁸ So PIETZONKA NJW 57, 1582; CLASEN BuG 58, 399; THIEL, Baupolizeirecht S. 28. Anderer Ansicht, jedoch ohne Begründung BALTZ-FISCHER S. 168

⁹ KEGEL-BALDAUF Der Städtetag 53, 145; CLASEN BuG 58, 400; Pr.OVG 104, 216 ff.

esses¹⁰, das zur Bestellung der Dienstbarkeit führte und den öffentlichen Zielen diametral entgegenstehen kann, nicht immer mit den öffentlichen Belangen vereinbar.

Also ist es nicht so, daß immer zur Vermeidung eines Kollisionsfalles ein Dispens erteilt werden muß. Andererseits sind viele Fälle denkbar, in denen eine unbeabsichtigte Härte durch eine Dispenserteilung vermieden werden kann.

Im Grundfall 3 oder 4¹¹ würde der Eigentümer des belasteten Grundstücks, wenn der begünstigte Eigentümer nicht bereit ist, seine Dienstbarkeit aufzugeben, bei konsequenter Anwendung der Bauordnung überhaupt nicht bauen können. Die Dienstbarkeit verbietet gerade die Bauweise, die als einzige bauordnungsrechtlich zulässig ist. Die Genehmigung eingeschossiger Bauweise würde für die Allgemeinheit keine Nachteile mit sich bringen, wenn das zu bauende Haus sich in Charakter und Ausführung den Häusern in der Umgebung anpaßt.

In der dem Grundfall 1 zugrunde liegenden Entscheidung¹² wurde dem Kläger vom Gericht anheim gestellt, die Erlaubnis zur Beibehaltung der Fenster im Dispenswege zu erlangen. Im Falle eines Dispenses wäre die kollidierende Grunddienstbarkeit zu einer baurechtsergänzenden geworden, die die Dispensvoraussetzung des ausreichenden Gebäudeabstandes gesichert hätte.

¹⁰KEGEL-BALDAUF Der Städtetag 53, 145 ff. vertreten sogar die Ansicht, daß jede Dispenserteilung für den Bauherrn eine wirtschaftliche Ersparnis bedeutet, die durch eine geldliche Gegenleistung wegen der durch den Dispensbau für die Allgemeinheit entstehenden Nachteile abgeschöpft werden muß.

¹¹s.o. S. 59 ¹²RVerwG 1, 118 (126)

Wahrscheinlich wird immer dann die Dienstbarkeit mit einem Dispens durchgesetzt werden können, wenn sie die Ausnutzbarkeit des belasteten Grundstückes weiter als nach den Anforderungen der Bauordnung beschränkt, ohne dabei den Charakter des Baugebiets zu sprengen.

Dabei spielt die Verwaltungspraxis eine nicht zu unterschätzende Rolle.

Die Verwaltung bevorzugt häufig den Weg des geringsten Widerstandes¹³. Nicht selten scheut sie sich, eine unpopuläre - wenn auch rechtmäßige - Maßnahme zu ergreifen, um der sicher einsetzenden und häufig unsachlichen Kritik der Öffentlichkeit (insbesondere der Presse) und sogar der eigenen Körperschaftsparlamente¹⁴ aus dem Wege zu gehen. Darum werden von Bauordnungsbehörden manchmal schon auf die Behauptung hin Dispense bewilligt, die gesetzlich vorgeschriebene Bauweise bringe erhebliche wirtschaftliche Nachteile mit sich¹⁵. So kann es auch dazu kommen, daß sie in Kollisionsfällen, um den mit der Kollision verbundenen Schwierigkeiten aus dem Wege zu gehen, einen Dispens erteilen, obgleich beim Anlegen eines strengen Maßstabes die Voraussetzungen nicht gegeben sind.

Der Dispens ist die einzige Möglichkeit, eine Kollision durch Zurücktreten der öffentlichen Anforderungen zu lösen. Weil die Verwaltung dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit unterliegt, hat sie das Bauordnungsrecht so anzuwenden, wie es im Gesetz

¹³KLEFFNER BuG 57, 204

¹⁴Vgl. den typischen Fall des Hausabbruchs in München-Gladbach im November 1957, dazu BUSCH BuG 58 S. 35 f und 55.

¹⁵KLEFFNER BuG 57, 204; KEGEL-BALDAUF Der Städtetag 53. 145.

niedergelegt ist¹⁶. Sie darf nur dann, wenn - wie bei dem Dispens - eine Abweichungsmöglichkeit im Gesetz gegeben ist, von den Anforderungen des Gesetzes im Einzelfall absehen. Wenn ein Dispens nicht erteilt wird, kann die Kollision nur auf Kosten der Dienstbarkeit gelöst werden.

In der Praxis kommt es bei dieser Art der Lösung oft zu einer vergleichweisen Regelung ähnlich der des § 1024 BGB zwischen dem beteiligten Grundstückseigentümer und dem Berechtigten. Dabei unterstützt die Bauordnungsbehörde das Zustandekommen eines Vergleiches vielfach nachdrücklich, um die langwierige Baugenehmigungsangelegenheit endgültig zu bereinigen. Es ist aber auch möglich, daß alle Beteiligten etwas von ihren Anforderungen abstreichen, indem der Berechtigte sich mit einem geringeren Inhalt seines Rechts gegen eine Entschädigung zufrieden gibt, der Eigentümer des belasteten Grundstücks einen anderen als den ursprünglich geplanten Bau errichtet und die Baubehörde schließlich zur teilweisen Aufrechterhaltung der früheren Dienstbarkeit einen Dispens erteilt¹⁷.

Damit bleibt festzuhalten, daß je nach dem Einzelfall der Kollision in der Praxis eine vergleichsweise Regelung oder eine Dispenserteilung angestrebt wird. So wird eine Entscheidung nach den aufzustellenden Rechtsgrundsätzen für die Lösung einer Kollision nicht oft zu finden sein.

¹⁶WOLFF VerwR § 30 insbesondere II b 3; BROHM, Rechtsschutz S. 56. Nach BROHM (S. 61) bleibt der Bauverwaltung besonders wenig Spielraum bei der Anwendung der Bauordnung bzw. des Bebauungsplans, weswegen er den Bebauungsplan als "Vollzugsnorm" kennzeichnet.

¹⁷Vgl. zu dieser Verwaltungspraxis FORSTHOFF VerwR S. 463, der auf sie im Zusammenhang des Rechtsschutzes eingeht und dabei ausdrücklich von "Arrangement" spricht.

4. Kapitel Die unechte Kollision

§ 22 Charakterisierung und Wirkung der unechten Kollision

In den Kollisionsgrundfällen 1 und 2 ist der Dienstbarkeitsverpflichtete durch die Dienstbarkeit nicht gehindert, den Anforderungen der baulichen Ordnung an die bauliche Gestaltung seines Grundstücks nachzukommen. Er kann den dienstbarkeitlichen Anspruch - einen Grenzstreifen freizuhalten (Grundfall 1), bzw. die Ableitung des Regenwassers zu dulden (Grundfall 2) - erfüllen, ohne damit gegen Bauordnungsvorschriften zu verstoßen¹. Dagegen widerspricht der Zustand des herrschenden Grundstücks dem Bauordnungsrecht und zwar gerade insoweit, als von ihm die Grunddienstbarkeit abhängig ist. Die bauliche Gestaltung oder Anlage, die Voraussetzung für die Ausübbarkeit der Grunddienstbarkeit ist, darf bauordnungsrechtlich nicht gestattet werden.

Als Hauptbeispiel kann das servitutische Fensterrecht für Fenster gelten, die sich in einer Brandmauer befinden².

Weil nicht die Dienstbarkeitsverpflichtung, sondern die tatsächliche Voraussetzung der Grunddienstbarkeitsausübung mit der Bauordnung in Widerspruch steht, kann man von einer unechten Kollision sprechen.

Bei der unechten Kollision könnte die Grunddienstbarkeit dann zu einer baurechtsergänzenden Grunddienstbarkeit werden, wenn eine Ausnahme möglich ist, wenn die vom Nach-

¹ Anders nur, wenn es sich um den oben § 16 Fußn. 3 ausgeklammerten Fall einer Kollision handelt, die sich gleichzeitig auf dem herrschenden und dem dienenden Grundstück zeigt.

² RVerwG 1, 118 ff.; OVG Münster NJW 53, 79 f - sowie, allerdings für Fensterrechte auf Grund Gesetzes (Pr.AIR), wobei jedoch ein Sachverhalt gegeben ist, wie er für dienstbarkeitliche Fensterrechte vorliegen könnte, Pr.OVG 6, 307 ff. und 314 ff.; 64, 531; 70, 415; 79, 387.

bar übernommene Verpflichtung als Ausnahmenvoraussetzung ausreicht und wenn schließlich der Bestand dieser Ausnahmenvoraussetzung der Bauordnungsbehörde durch die Dienstbarkeit gesichert erscheint.

Wenn aber diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, so daß die Grunddienstbarkeit nicht als Ergänzung in Frage kommt, muß der Eigentümer des herrschenden Grundstücks die für die Ausübung der Grunddienstbarkeit notwendige Anlage beseitigen (Eintritt der Kollision durch Baugewerb³) bzw. darf er sie nicht errichten (Eintritt der Kollision durch Baugenehmigung)⁴. Damit wird ihm die tatsächliche Ausübung seiner Berechtigung für immer unmöglich gemacht. Es wäre unsinnig, wenn er z.B. den zum Lichteinfall notwendigen Abstand fordern würde, obwohl kein Fenster vorhanden ist. Die Grunddienstbarkeit ist damit für die Benutzung des herrschenden Grundstücks nicht mehr vorteilhaft. Nach § 1019 BGB ist unabdingbare Voraussetzung für den Bestand der Grunddienstbarkeit, daß sie für die Benutzung des herrschenden Grundstücks Vorteil bietet. Der dauernde Fortfall des notwendigen Benutzungsvorteils bewirkt also das Erlöschen der Dienstbarkeit⁵. Ganz entfernte Möglichkeiten der Vorteilhaftigkeit sind dabei unerheblich.

Das durch die unechte Kollision herbeigeführte Erlöschen der Grunddienstbarkeit läßt das Grundbuch unrichtig werden. Gemäß § 84 GBO ist das Grundbuchamt berechtigt, die gegenstandslose Grunddienstbarkeit von Amts wegen zu

³So der Fall RVerwG 1, 118

⁴So der Fall OVG Münster NJW 53, 80

⁵H.M.: Vgl. STAUDINGER-RING Anm. 45 zu § 1018; ERMANN-BRONKE Bem. 6 vor § 1018; SIEBERT-BAUR Anm. 6 zu § 1019; MEISNER-STERN-HODES S. 505/506; KG in OLG 31, 336. Daneben wird als Erlöschensgrund noch die dauernde Unmöglichkeit der Ausübung genannt. Mit der Unmöglichkeit der Ausübung entfällt aber notwendig auch die Vorteilhaftigkeit, so daß dieser Erlöschensgrund, der wohl wegen der Fassung des § 84 Abs. 2 Ziff. b GBO genannt ist, nur für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit Bedeutung hat. Vgl. ENGLÄNDER, Rechtsgemeinschaft S. 338 ff. insbes. Fußn. 16. Vgl. auch OLG 31, 336; 41, 167; Mot. 3 S. 482; Prot. 3 S. 308.

löschen, da sie aus tatsächlichen Gründen dauernd nicht mehr ausgeübt werden kann (§ 84 Abs. 2 Ziff. b GBO). Wenn das auch auf Anregung des Verpflichteten wider Erwarten nicht geschieht⁶, kann der Verpflichtete, da ihm der Nachweis der Unrichtigkeit durch Urkunden (§ 22 GBO) schwerlich gelingen wird⁷, nur durch Vorlage einer Löschungsbewilligung die Löschung erreichen. Auf diese hat er gegenüber dem Berechtigten gemäß § 894 BGB einen Anspruch.

§ 23 Frage der Entschädigung für den durch die
unechte Kollision eintretenden Rechtsverlust

Dieses Ergebnis muß der Dienstbarkeitsberechtigte als bauordnungspflichtiger Eigentümer kraft Gesetzes dulden. Es fragt sich jedoch, ob er es entschädigungslos hinnehmen muß. Das ist der Fall, wenn es sich nicht um einen entschädigungspflichtigen hoheitlichen Eingriff, sondern um eine pflichtenklärende Inhaltsbestimmung¹ des Eigentums handelt.

Nach herrschender Meinung bestimmt das materielle Baurecht grundsätzlich nur Inhalt und Schranken des Eigentums². Dieser Grundsatz muß ganz allgemein Geltung haben für die Vorschriften der baulichen Ordnung³, die für ihren Bereich der Lage der Grundstücke entsprechend allgemein und gleich Art und Maß der baulichen Nutzung des Bodens bestimmen. Weil ein Grundstück sich bei der Bestimmung seines Wesens nicht aus der Umgebung isolieren läßt, die

⁶Das Grundbuchamt ist zur Löschung nicht verpflichtet, (vgl. § 85 Abs. 2 GBO) muß jedoch eine ablehnende Entscheidung begründen, wenn die Löschung angeregt wurde.

⁷SIEBERT-BAUR Anm. 6 zu § 1019

¹WESTERMANN, SR § 28 II 4 c. Dieser Ausdruck ist klarer als der vieldeutige, wenn auch oft gebrauchte Begriff Eigentumsbeschränkung. Dagegen auch WEBER in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER Bd. 2 S. 359, der von "entschädigungsloser Eigentumsbindung" spricht.

²Vgl. statt aller BVerwG 3, 28 u. BGH 15, 268 ff. (275 f, 282)

in ihrer Gestaltung die Sozialpflichtigkeit ausmacht⁴ und das Gleichbehandlungsgebot eine sachgerechte Differenzierung nicht verbietet, kann eine situationsabgeleitete Nutzungsbeschränkung eines Baugrundstücks das Gleichbehandlungsgebot nicht verletzen⁵. Deswegen ist es unerheblich, daß die bauordnungsrechtlichen Bestimmungen an verschiedenen Orten verschieden weit gehen⁶, z.B. einmal geschlossene Bauweise verlangen und dadurch die Ausübung der Grunddienstbarkeit unmöglich machen und anderswo bei offener Bauweise auf die Grunddienstbarkeit nicht einwirken. Es kommt nur darauf an, daß grundsätzlich jeder Eigentümer, dessen Bauwerk mit einer Brandmauer errichtet ist, in dieser keine Fenster haben darf. Soweit dem Dienstbarkeitsberechtigten also Fenster verboten werden und damit das Licht entzogen wird, ist er nicht besonders beeinträchtigt.

Da somit kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz mit einer Sonderbeeinträchtigung des Eigentümers des herrschenden Grundstücks vorliegt, kann das Verlangen einer bauordnungsrechtlichen Bestimmung nur dann als Eigentumsentzug aufgefaßt werden, wenn dadurch der Wesenskern des Eigentums angetastet, das Eigentum entleert wird⁷. Die Grunddienstbarkeit

³WOLFF VerwR § 62 III b 2 am Ende mit weiterem Nachweis; STAUDINGER-SEUFERT Bem. 42 vor § 903

⁴BGH 23, 30 ff.; DITTUS DVBl 57, 329 ff.

⁵WESTERMANN SR § 28 II 4 c; BGH 23, 30 ff. (32)

⁶WOLFF VerwR § 62 III b 2 am Ende.

⁷WESTERMANN § 28 II 4 c; WOLFF VerwR § 62 III b 2: Wird aber einem Grundstück seine essentielle Qualität entzogen, dann liegt eine entschädigungspflichtige Enteignung vor.

⁸DROLSHAGEN, Der Inhalt von Grunddienstbarkeiten, Diss. Heidelberg 1911 S. 1; WESTERMANN, Die Forstnutzungsrechte, Hannover 1942 S. 95.

soll die Nutzung des herrschenden Grundstücks lediglich ergänzen⁸, niemals kann sie das Wesen der Nutzung des herrschenden Grundstücks ausmachen. Also kann der Fortfall einer die Grunddienstbarkeit bedingenden Anlage niemals den Eigentumskern des Grundstücks antasten.

Das gilt auch für die Baugebote auf Grund veränderten Bauordnungsrechts hinsichtlich bestehender, bisher rechtmäßiger baulicher Anlagen⁹. Denn sie werden nur erlassen, wenn der Berechtigte und Grundstückseigentümer als Störer unter dem Gesichtspunkt der Zustandshaftung polizeipflichtig ist¹⁰. So ist die Zurückstellung seiner Interessen in seiner eigenen Rechtssphäre begründet¹¹. Anders ist es allerdings bei einer Änderungsanordnung auf Grund § 86 Abs. 1 Ziff. 5 BBauG, die gerade eine Anordnung im Rahmen des Enteignungsverfahrens ist¹².

Bisher ist aber nur festgestellt, daß der Dienstbarkeitsberechtigte als Grundstückseigentümer nicht für einen hoheitlichen Eingriff in vermögenswerte Rechte zu entschädigen ist. Jedoch ist dieser Grundstückseigentümer durch seine Dienstbarkeit besonders berechtigt. Er kann durch die Beeinträchtigung der Dienstbarkeit - also als Dienstbarkeitsberechtigter - mit einem Sonderopfer belastet sein.

Fräglich ist aber schon, ob die Dienstbarkeit durch einen hoheitlichen Eingriff beeinträchtigt worden ist.

⁹Pr.OVG 102, 235 ff.; OVG Münster DVBl 57, 867.

¹⁰Vgl. o. § 16 S. 61 Fußn. 2 u. 3, weiter DREWS-WACKE S. 80 ff.

¹¹WOLFF VerwR § 60 I b 2. Aus den Entschädigungsregelungen der Polizeiverwaltungs- oder Ordnungsbehördengesetze (z.B. § 42 OBG, § 40 SOG) ergibt sich, daß der Störer mit der behördlichen Gefahrenabwehr nicht ungleich belastet wird, dazu FORSTHOFF VerwR S. 305, vgl. auch § 95 Abs. 3 BBauG.

¹²Vgl. o. S. 62.

Schon dem Wortsinn nach liegt ein Eingriff nur vor bei einer unmittelbaren direkten Beeinträchtigung¹³. Man kann nur insoweit von einem hoheitlichen Eingriff sprechen, als sich das Vorgehen von hoher Hand direkt gegen das beeinträchtigte vermögenswerte Recht richtet¹⁴, sich auf es bezieht. In diesem Sinne muß der Eingriff gezielt sein¹⁵. Einen Entschädigungsanspruch auf Grund einer ~~unmittelbaren~~ Beeinträchtigung, die erst als (auch zeitliche) Folge der Normanforderung und des normgerechten Handelns des Normverpflichteten eintritt, kann es also nicht geben - eben weil es insoweit an einem hoheitlichen Eingriff fehlt. Diese Forderung der Unmittelbarkeit des Eingriffs hindert eine zu starke Ausweitung der Entschädigungspflicht. Würde auf sie verzichtet, dann könnte jeder, der einen als pflichtenklärende Inhaltsbestimmung des Eigentums zu qualifizierenden "Eingriff" zu erwarten hat, dadurch, daß er schleunigst eine besondere Berechtigung an den Gegenstand des "Eingriffs" knüpft, sich einen unbilligen Entschädigungsanspruch verschaffen.

¹³ Auch die immer wieder zur Ausfüllung des Wortes "Eingriff" gebrauchten Begriffe "Belastung" und "Entzug" (vgl. z.B. BGH 6, 280) deuten auf einen direkten Eingriff hin.

¹⁴ Davon geht der BGH ohne weitere Erörterung aus: In BGH 6, 270 ff. ist ausgeführt "Einzelmaßnahme gegen ... ein bestimmtes einzelnes Eigentum" (278), "die gesetzlichen Vorschriften selbst führen noch nicht einen unmittelbaren Eingriff in die Herrschaftsbefugnis des Eigentümers herbei" (284). Auch in BGH 23, 157 (= NJW 57, 630) ist ausgeführt (162), daß die Beeinträchtigung einen "unmittelbaren Eingriff" darstellen müsse, daß der eingerichtete Gewerbebetrieb von "unmittelbaren Störungen bedroht" werde, und weiter (164) "diese Beeinträchtigung greift auch unmittelbar in den Gewerbebetrieb ein...".

¹⁵ Vgl. dazu FORSTHOFF VerwR S. 304, ebenso BGH 12, 52 (57) = NJW 54, 554 (555): "Eingriff ist nur, was eingreifen soll, nicht was zufällig geschieht."

Jedoch ist diese Möglichkeit, schon den hoheitlichen Eingriff abzulehnen, durch die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hinfällig geworden, die die bislang immerhin mögliche Unterscheidung nach unmittelbarem und mittelbarem Eingriff verwischt hat. Der Bundesgerichtshof hat in einer Entscheidung aus dem Jahre 1959¹⁶, die im übrigen schon wegen ihrer deutlichen Hinneigung zur grundsätzlich abgelehnten¹⁷ Zumutbarkeitstheorie¹⁸ bedenklich ist, die Benutzbarkeit des Eigentums mit dem geschützten Vermögenswert, also die Beeinträchtigung der Benutzbarkeit mit einer Eigentumsverletzung durch hoheitlichen Eingriff gleichgesetzt¹⁹. So wurde die durch eine Höherlegung der Straße erfolgte Zufahrtsverschlechterung als ein entschädigungspflichtiger Eingriff in das Eigentum angesehen. Ebenso könnte man bei der unechten Kollision zu einem unmittelbaren hoheitlichen Eingriff in die Grunddienstbarkeit kommen, indem man die Ausübbarkeit der Dienstbarkeit (die durch das Fensterverbot verloren geht) als Vermögenswert ansieht.²⁰

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zählen jedoch "Vorteile, die nur im Widerspruch zum geltenden Recht erzielt werden können"²¹, nicht zu den

¹⁶BGH 30, 241 ff. = NJW 59, 1776 ff.

¹⁷In BGH 6, 270 (280)

¹⁸Der zweite Teil der Entscheidung beschäftigt sich fast ausschließlich damit, ob die Schaffung von Auffahrten erheblichen Aufwand erfordert.

¹⁹BGH 30, 242/243

²⁰Der Unterschied zur Rechtsprechung des RG (145, 107 ff.), den der BGH als nur terminologisch hinstellen will, liegt darin, daß das RG eine (direkt beeinträchtigte!) Anliegerservitut annahm, während der BGH mit dem farblosen Begriff "Benutzbarkeit" das Eigentum beliebig ausdehnen kann und so zu einem (seiner Meinung nach) unmittelbaren Eingriff in das Grundeigentum kommt. Auch FORSTHOFF VerWR S. 354 f. geht von einem Anliegerrecht aus. Bei diesem Anliegerrecht handelt es sich - das geht aus RG 145, 107 und den Ausführungen von FORSTHOFF nicht eindeutig hervor - um ein volles subjektives öff. Recht, vgl. WOLFF VerWR § 58 II c

geschützten Vermögenswerten. Die Beeinträchtigung solcher Vorteile durch Eingriffe von hoher Hand kann deswegen auch nicht einen Entschädigungsanspruch auslösen²². Die von der Dienstbarkeit für das herrschende Grundstück gewährten Benutzungsvorteile können nur im Widerspruch zu den Bauordnungsvorschriften erzielt werden. Also ist die Ausübbarkeit der Dienstbarkeit kein Vermögenswert, dessen Beeinträchtigung einen Entschädigungsanspruch mit sich bringt.

Zu dem gleichen Ergebnis kommt man auf Grund der vom Bundesgerichtshof empfohlenen²³ und von der herrschenden Meinung angewandten²⁴ wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Auch sie führt zu der Feststellung, daß der Berechtigte nicht mit einem Sonderopfer belastet worden ist.

Wie oben ausgeführt²⁵, hat er auf Grund der bauordnungsrechtlichen Eigentumsbindung dem Verbot der Fenster immer Folge zu leisten, also den Entzug des Lichts entschädigungslos hinzunehmen. Insoweit wird ihm kein ungleiches Sonderopfer auferlegt. Dann kann der Berechtigte durch die Beeinträchtigung der Grunddienstbarkeit aber auch nicht belastet sein. Diese gibt ihm nur die Berechtigung, dem Nachbarn den Licht-

²¹ BGH VerwRspr 9 Nr. 77 Leitsatz

²² BGH VerwRspr 9 Nr. 77 Leitsatz und S. 345

²³ BGH 6, 295; 21, 388; 26, 89 ff.; insbesondere BGH 19, 1 (4) = NJW 56, 263; aufgenommen in BGH 30, 241 (243)

²⁴ Das zur besseren Handhabung des Gleichheitsgebots herangezogene Merkmal der Zweckentfremdung (WEBER in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER Bd. 2 S. 374; FORSTHOFF VerwR S. 302) beruht im Grunde auf der wirtschaftlichen Betrachtungsweise.

²⁵ s.o. S. 78/79.

entzug zu untersagen und deswegen von ihm Abstands-
wahrung zu verlangen. Durch das Erlöschen dieser Be-
rechtigung hat er nicht mehr verloren, als er ohne-
hin durch den entschädigungslos hinzunehmenden Licht-
entzug auf Grund des Fensterverbots hat aufgeben müssen,
nämlich die Möglichkeit, Licht in seine Fenster ein-
fallen zu lassen.

§ 24 Möglichkeiten des Dienstbarkeitsverpflichteten
gegenüber der Bauordnungsbehörde bei Nichtein-
haltung der Bauordnung durch den Berechtigten

Im allgemeinen wird die Bauordnungsbehörde zwar da-
für sorgen, daß die Bauordnung eingehalten und die
bauordnungswidrige Anlage auf dem herrschenden Grund-
stück nicht errichtet bzw. beseitigt wird. Auf diese
Weise wird der Eigentümer des dienenden Grundstücks
von der Dienstbarkeit befreit, ohne daß er sich da-
für einzusetzen braucht und ohne daß ihm dadurch
Kosten entstehen. Jedoch ist nicht ausgeschlossen,
daß die Bauordnungsbehörde nichts unternimmt, sei
es, weil die Zuwiderhandlung mangels ausreichender
Kontrolle ihr unbekannt ist, sei es, daß sie glaubt,
nicht in ein "Privatrecht eingreifen" zu dürfen,
oder sei es aus sonstigen Gründen¹.

Wenn dann der Verpflichtete sich von der Dienstbar-
keit befreien will, muß es ihm darauf ankommen, die
Bauordnungsbehörde zu einem Einschreiten gegen die
Ordnungswidrigkeit zu veranlassen.

Bei Einlegung einer Dienstaufsichtsbeschwerde oder
eines sonstigen formlosen Rechtsbehelfs hat der

¹REDEKER NJW 59, 749 führt aus: "...auf keinem Ge-
biet der Verwaltungspraxis (ist) die Entscheidung
der Verwaltungsbehörde so stark unwägbaren, zum Teil
auch handfesten außerrechtlichen Einflüssen ausge-
setzt, wie gerade im Baugenehmigungsverfahren".

Verpflichtete nicht einmal Anspruch auf Bescheidung². Vielmehr braucht er eine Berechtigung, die ihm einen im Klageweg durchsetzbaren Anspruch gegen die Ordnungsbehörde auf Beseitigung der Ordnungswidrigkeit gibt.

Die gesetzlichen Bestimmungen, die die Ordnungsbehörden zum Einschreiten gegen Ordnungswidrigkeiten ermächtigen, überlassen die Entscheidung, ob eingeschritten werden soll, dem pflichtgemäßen Ermessen der Behörden³. Dieses Opportunitätsprinzip gilt jedoch im Rechtsstaat nicht in vollem Umfange⁴. Es ist nach Maßgabe des Zwecks der Einschreitensermächtigung und nach der Lage des Einzelfalls eingeschränkt. So kann in manchen Fällen die Behörde zur Beseitigung der Ordnungswidrigkeit nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet sein⁵. Aus einer behördlichen Pflicht folgt aber nicht notwendig überhaupt eine oder eine ausreichende Berechtigung einer Zivilperson, weil die behördliche Pflicht sich z.B. aus der Notwendigkeit ergeben kann, die öffentlichen Interessen zu wahren⁶. Deswegen gibt es keinen allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch⁷. Deswegen verleiht auch die sog. Destination⁸, bei der die Behörde den konkret zu Begünstigenden nach ihrem Ermessen

²H.M.: Vgl. WOLFF VerwR § 43 VII a 1; NEBINGER VerwR S. 335; FORSTHOFF VerwR S. 478; EYERMANN-FRÖHLER, Kommentar zur VerwGO Rdn. 16 zu § 42. A.A. HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. II S. 633: "...aus den allgemeinen Grundsätzen einer rechtsstaatlichen Verwaltung".

³Z.B. § 14 PrPVG; § 1 NdsSOG; § 1 NRW OBG

⁴Zum sog. limitierten Opportunitätsprinzip vgl. OVG Lüneburg DVBl 60, 648; MÜLLER-HEIDELBERG-CLAUSS Nds SOG Anm. 2 c zu § 1

⁵BGH VerwRspr 5 Nr. 62 = DVBl 53, 451

⁶WOLFF VerwR § 41 II

⁷WOLFF VerwR § 43 II b 2

⁸Der Begriff ist von WOLFF VerwR § 43 III b geprägt.

aus einer unbestimmten Vielzahl von Personen auswählen kann, nur den formell-rechtlichen Abwendungsanspruch⁹, das Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch. Vielmehr muß der Pflicht eine perfekte Berechtigung¹⁰ auf Seiten der Zivilpersonen gegenüberstehen.

Eine solche Berechtigung scheint angenommen zu werden, wenn die Untätigkeit der Behörde die sog. Schädlichkeitsgrenze für den von der Ordnungswidrigkeit bedrohten Bürger überschreitet¹¹, oder wenn fehlerhafte Ermessensausübung mit einer Rechtsverletzung zusammenkommt¹². Richtiger dürfte sein, die Berechtigung dann zu bejahen, wenn jede andere Entscheidung als die einzuschreiten ermessensfehlerhaft gegenüber dem von der Ordnungswidrigkeit Bedrohten wäre¹³. Der Anspruch im Falle einer Überschreitung der Schädlichkeitsgrenze folgt nämlich daraus, daß die Untätigkeit ermessensfehlerhaft ist, wenn damit die Schädlichkeitsgrenze überschritten wird.

Dem Grunddienstbarkeitsverpflichteten kann diese Berechtigung jedoch niemals zustehen. Die Bauordnungs-

⁹Vgl. WOLFF, Der Abwendungsanspruch, Festschrift der Westfälischen Verwaltungsakademie 1950, S. 119-136

¹⁰WOLFF VerwR § 43 III d; nur dann handelt es sich um ein volles subjektives öffentliches Recht. Jedoch wird dieser Begriff im weiteren Sinne auch für imperfekte oder minusquamperfekte Berechtigungen (zu dieser Rangordnung der Berechtigungen WOLFF VerwR § 40 V) gebraucht.

¹¹JELLINEK VerwR S. 432 f mit weiterem Nachweis. Ein typischer Fall liegt der Entscheidung BGH VerwRspr 5 Nr. 62 zugrunde. Ob der BGH in dieser Entscheidung und den ihr ähnlichen VerwRspr 5 Nr. 15 und Nr. 177 eine solche Berechtigung erörtern wollte, ist nicht eindeutig, weil nur Schadensersatzpflichten nach Nicht-einschreiten der Ordnungsbehörde bejaht werden. Es dürfte jedoch unsinnig und als Überrest des Grundsatzes "dulde und liquidiere" anzusehen sein, bei Bejahen einer Amtspflicht in Fällen der Überschreitung der Schädlichkeitsgrenze keinen Anspruch, der den Eintritt des Schadens verhindert, sondern erst nach Schadenseintritt einen Ersatzanspruch zu geben.

¹²OVG Lüneburg DVBl 60, 648

¹³Dazu WOLFF VerwR § 43 III b a.E.

widrigkeit auf dem herrschenden Grundstück kann für ihn die Schädlichkeitsgrenze nicht überschreiten. Sie kann ihm allenfalls die Nachteile bringen, die er mit der zulässigen Übernahme der Belastung sowieso schon in Kauf genommen hat.¹⁴ Das Verhalten der Bauordnungsbehörde kann ihm gegenüber deswegen nicht ermessensfehlerhaft sein, weil er gegen eine Störung durch die Bauordnungswidrigkeit die Hilfe der ordentlichen Gerichte in Anspruch nehmen kann¹⁵. Grundsätzlich kann es nicht Sinn der Gefahrenabwehr sein, dem Betroffenen das Prozeßrisiko abzunehmen, wenn er sich im Zivilprozeß zur Wehr setzen kann¹⁶.

Also kann der Eigentümer des belasteten Grundstücks sich auf diesem einfachen Wege den dienstbarkeitsrechtlichen Verpflichtungen nicht entziehen, wenn der Berechtigte sich nicht an die Bauordnung hält.

Auch wenn er den Strafverfolgungsbehörden anzeigt, daß der Eigentümer des herrschenden Grundstücks entgegen der Baugenehmigung die bauordnungswidrige Anlage dennoch errichtet und damit eine Übertretung nach § 367 Abs. 1 Ziff. 15 StGB begangen hat, ist noch nicht die Beseitigung dieser Anlage und das Erlöschen der Grunddienstbarkeit sichergestellt. Zwar kann der Berechtigte dann bestraft werden. Durch die Bestrafung wird er aber nicht zur Beseitigung der Bauordnungswidrigkeit verpflichtet. Strafbarkeit ist auch nur gegeben, wenn der Berechtigte gegen die Baugenehmigung verstößt, nicht, wenn er das Baugebot unbeachtet läßt. Zudem scheidet eine Strafverfolgung schon dann wegen Verjährung aus, wenn seit dem Abschluß der Errichtung des Bauwerks bis zur ersten

¹⁴ Deswegen kann seine Rechtsstellung nicht beeinträchtigt sein, so daß er sich immer mit einem Dispens hinsichtlich der Anlage auf dem herrschenden Grundstück zufriedengeben müßte: er hat auf die nachbarschützende Wirkung des Bauordnungsrechts insoweit durch Übernahme der Dienstbarkeit verzichtet.

¹⁵ OVG Lüneburg DVBl 60, 648. Darin liegt auch der Unterschied zu dem Fall in VerwRspr 5 Nr. 62; vgl. auch RG 147, 144 (147)

¹⁶ WIETHAUP DVBl 59, 240 (244).

richterlichen Handlung 3 Monate vergangen sind (§§ 67 Abs. 3, 68 StGB)¹⁷.

§ 25 Möglichkeiten des Dienstbarkeitsverpflichteten gegenüber dem Berechtigten

Vielmehr ist der Eigentümer des belasteten Grundstücks darauf beschränkt, sich privatrechtlich gegen die Ausübung der Grunddienstbarkeit durch den Berechtigten zu wehren.

Die Grunddienstbarkeit kann tatsächlich ausgeübt werden, wenn die bauordnungswidrige Anlage nicht beseitigt bzw. dennoch errichtet worden ist. Damit ist sie nicht gegenstandslos (§ 84 GBO), so daß die dienstbarkeitliche Berechtigung besteht. Der aus ihr fließende Anspruch, nämlich z.B. den für Licht- und Luftzufuhr notwendigen Abstand zu wahren (Grundfall 1) oder die Ableitung des Regenwassers zu dulden (Grundfall 2), verstößt nicht gegen die Bauordnung. Vielmehr ist die Anlage, ohne die der Anspruch nicht ausgeübt werden kann, bauordnungsrechtlich unzulässig. Deswegen könnte die Geltendmachung des Anspruchs und damit die Ausübung der Dienstbarkeit im Verhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unzulässig sein.

Grundsätzlich handelt derjenige rechtmäßig, der von einem ihm zustehenden Recht Gebrauch macht¹. Jedoch geht jedes Recht seinem Inhalt nach nur so weit, wie es der Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben

¹⁷Vgl. BALTZ-FISCHER S. 31 mit weiterem Nachweis; SCHÖNKE-SCHRÖDER Anm. XV 7 zu § 367; OLG Oldenburg NdsRpfl 53, 38; BayObLG GA 1958, 306.

¹SOERGEL-SIEBERT Rdn. 110 zu § 242: Qui iure suo utitur, neminem laedit.

²H.M.: Vgl. statt aller SOERGEL-SIEBERT Rdn. 15 - 20 zu § 226, Rdn. 114 zu § 242 und SIEBERT, Verwirkung S. 106 ff.

gestattet². Daß der Grundsatz von Treu und Glauben auch im Sachenrecht angewendet werden darf, wird heute nicht mehr bestritten³. Die Frage ist nur noch, ob er ganz allgemein im Sachenrecht Geltung beanspruchen⁴ oder unter Ausschluß der Zuordnungsregelungen nur bei sachenrechtlichen Leistungsverhältnissen angewendet werden kann⁵. Da aber das Verhältnis zwischen Dienstbarkeitsberechtigtem und Dienstbarkeitsverpflichtetem als Beziehungsverhältnis keine Zuordnungsregelung enthält, braucht diese Frage im Rahmen dieser Arbeit nicht abschließend beantwortet zu werden⁶.

Allerdings hat der Grundsatz von Treu und Glauben für das sich aus der Dienstbarkeit ergebende Rechts-

³Der BGH hat die grundsätzlich ablehnende Haltung des RG (vgl. dazu die kritische Übersicht bei HORSTMANN, Untersuchungen S. 15 ff.) aufgegeben: BGH 10, 69 (75) = NJW 53, 1099. Lediglich RGRK-OEGG hält sich noch (Anm. 3 zu § 242) wie früher schon GADOW, IherJb 184 (1934) S. 186 f an das RG. Im Einzelfall hatte das RG jedoch die Anwendung häufig zugelassen, vgl. die Zusammenstellung bei MÜHL NJW 56, 1657 ff.

⁴WENDT AcP 100 (1906) 223 ff. insbesondere 412, HORSTMANN, Untersuchungen S. 22 ff., wobei jedoch zu berücksichtigen ist, daß beide es nicht auf eine Unterscheidung hinsichtlich der Anwendung auf Leistungsverhältnisse oder Zuordnungsregelungen abstellten; vor allem SOERGEL-SIEBERT Rdn. 39 zu § 242 mit weiterem Nachweis.

⁵So vor allem WESTERMANN SR § 2 III 4; auch STAUDINGER-SEUFERT Allgemeine Einleitung Bem. 5 vor § 854; auch die Entscheidung des OLG Bamberg NJW 49, 716 lehnt eine Anwendung auf Zuordnungsregelungen (hier: Frage des Besitzes) ab, was allerdings im Leitsatz nicht klar zum Ausdruck kommt.

⁶WIEACKER, Präzisierung S. 45 entscheidet nach meiner Meinung zu Recht für jede der drei Funktionsschichten des § 242, die im großen der Einteilung von SIEBERT bei der Kommentierung zu § 242 entsprechen, gesondert über die Anwendbarkeit.

verhältnis⁷ schon in § 1020 BGB Berücksichtigung gefunden⁸. Damit erscheint eine Heranziehung des § 242 BGB überflüssig, soweit § 1020 BGB anzuwenden ist⁹. Den Ausschluß einer gegenüber § 1020 BGB weitergehenden Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben auf den dinglichen Anspruch aus der Dienstbarkeit hat die Konkretisierung des allgemeinen "Gebotes der Rücksichtnahme" (SIEBERT)¹⁰ in § 1020 BGB jedoch nicht zur Folge. § 1020 ist eben nur eine im Rahmen des Dienstbarkeitsanspruchs normierte unvollkommene Ausformung eines darüber hinausreichenden Rechtsgrundsatzes.

Es wäre ein widersinniges Ergebnis, wenn man das Gebot der Rücksichtnahme nur in den Fällen anerkennen würde, in denen zu seiner Befolgung bereits eine schonende Ausübung der Berechtigung ausreicht. Auch in den extremeren Fällen, in denen nur eine nach § 1020 BGB nicht mögliche Einengung des Rechtsinhalts oder sogar ein Verzicht auf die Ausübung¹¹ als gerechter Interessenausgleich in Frage kommt, darf der Rechtsgrundsatz des § 242 BGB angewendet werden.

Zu fragen ist also, ob die Ausübung der Grunddienstbarkeit gegen Treu und Glauben verstößt, nämlich als Rechtsmißbrauch anzusehen ist, weil die zur Ausübung

⁷STAUDINGER-RING Anm. 1 zu § 1020 u. SIEBERT-BAUR Anm. 1 zu § 1020 bezeichnen es als gesetzliches Schuldverhältnis; dagegen BGH DNotZ 59, 241; WOLFF-RAISER § 106 VI 1 u. 2 u. Fußn. 38: Gesetzliche Abgrenzung der Dienstbarkeit; so auch WESTERMANN SR § 122 II 2

⁸BGH DNotZ 59, 241; WESTERMANN SR § 122 IV 3

⁹WESTERMANN SR § 2 III 4 u. § 122 IV 3

¹⁰SOERGEL-SIEBERT Rdn. 1 zu § 242

¹¹So schon RG DJZ 1907 Sp 129 weiter RG 169, 180, 182; OLG München HRR 42 Nr. 347. Insofern kann § 242 doch die Beeinträchtigung des Bestandes eines dinglichen Rechts zur Folge haben. Deswegen ist die Formulierung bei SOERGEL-SIEBERT Rdn. 39 a.E. zu § 242, aus der eine entgegengesetzte Ansicht entnommen werden könnte, zumindest mißverständlich.

notwendige Anlage bauordnungswidrig ist.

Die mannigfachen Fälle der unzulässigen Rechtsausübung wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben sind von SIEBERT in 5 Grundeinwänden zusammengefaßt worden¹². Davon kommen insbesondere in Betracht der "Einwand der Unredlichkeit" und der "Einwand des Fehlens eines berechtigten Interesses".

Der "Einwand der Unredlichkeit"¹³ könnte erhoben werden, wenn der Berechtigte mit Geltendmachung der Dienstbarkeit eine im Verhältnis zum Verpflichteten rechtswidrig erlangte Rechtsstellung ausnutzen würde. Die von der Grunddienstbarkeit gewährte Rechtsstellung ist aber nicht durch die unzulässige Errichtung bzw. Beibehaltung der bauordnungswidrigen Anlage, sondern durch die Bestellung der Dienstbarkeit entstanden. Die Bestellung der Dienstbarkeit ist nicht einmal dann zu beanstanden - wie oben für die baurechtswidrige Dienstbarkeit erörtert wurde¹⁴ - wenn die bauordnungsrechtliche Vorschrift, mit der die Anlage nicht zu vereinbaren ist, im Zeitpunkt der Bestellung schon vorhanden war¹⁵. Also liegt auch keine unzulässige Rechtsausübung wegen Ausnutzung einer rechtswidrig erlangten Rechtsstellung vor.

¹²SOERGEL-SIEBERT Rdn. 28 u. Kapitel C I der Anmerkungen zu § 242 (Rdn. 124 bis 166). Die Fälle der mißbräuchlichen Geltendmachung der Einrede der Verjährung und der mißbräuchlichen Berufung auf den Ablauf gesetzlicher Ausschlussfristen (Rdn. 167 bis 172) betreffen die unzulässige Ausnutzung von Rechtslagen. Man kann hinsichtlich der Einteilung von SIEBERT, der im Anschluß an sein Buch "Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung" Marburg 1934 als erster eine umfassende Systematik der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben gebracht hat (vgl. auch WIEACKER Präzisierung S. 20 Fußn. 38 u. S. 22 Fußn. 41), von einem gesicherten Ergebnis ausgehen. Vgl. auch SOERGEL-SIEBERT Rdn. 24 zu § 242.

¹³SOERGEL-SIEBERT Rdn. 128, 129 zu § 242

¹⁴Kapitel 2 S. 62 ff.

¹⁵Wenn der Dienstbarkeitsverpflichtete die Dienstbarkeit in Kenntnis der bauordnungsrechtlichen Vorschrift übernommen hat, könnte er allerdings bei dem Versuch, sich der Dienstbarkeit zu entziehen, selbst gegen Treu und Glauben verstoßen, vgl. BayObLG LZ 1917, 66.

Hauptsächlich kann der "Einwand des Fehlens eines berechtigten Interesses"¹⁶ erhoben werden, wenn jemand eine Leistung fordert, die er sofort wieder herausgeben muß (*dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*). Diesem Verhalten kommt es nahe, wenn der Grunddienstbarkeitsberechtigte die Einhaltung der Dienstbarkeitspflicht verlangt, obwohl mit der zu erwartenden Beseitigung der notwendigen Anlage die Dienstbarkeit gegenstandslos wird. Es erscheint unsinnig, heute auf Erfüllung der Pflicht zu bestehen, wenn morgen schon die Bauordnungsbehörde die Einhaltung ihrer Genehmigung bzw. ihres Baugebotes und damit die Beseitigung der Anlage durchsetzen kann. Deswegen wird der Eigentümer des dienenden Grundstücks im Zivilprozeß mit dem Einwand des Fehlens eines berechtigten Interesses jedenfalls dann durchdringen, wenn bei der Beweiserhebung die Bauordnungsbehörde sich dahingehend festlegt, daß sie einschreiten wird. Da es sich aber um eindeutige Fälle eines Verstoßes gegen die Bauordnung handelt, wenn der Eigentümer des herrschenden Grundstücks die Anlage nicht beseitigt bzw. dennoch errichtet, wird die Bauordnungsbehörde sich immer in dieser Weise festlegen müssen. Hinzu kommen muß noch, daß die Geltendmachung der Dienstbarkeit den Verpflichteten beschwert oder schädigt, weil es sich auch hier um einen Anwendungsfall des Gebots der Rücksichtnahme handelt¹⁷.

Nach allem kann festgehalten werden, daß nach ihrem Eintritt die unechte Kollision auch dann auf Kosten des Berechtigten gelöst wird, wenn dieser sich nicht an die Genehmigung oder das Gebot der Bauordnungsbehörde hält. Das erscheint auch gerecht, weil er nicht wegen seines bauordnungswidrigen Verhaltens besser gestellt werden darf als derjenige, der sich an die bauliche Ordnung hält.

¹⁶SOERGEL-SIEBERT Rdn. 150, 151 zu § 242

¹⁷SOERGEL-SIEBERT Rdn. 150 zu § 242

5. Kapitel Die echte Kollision

§ 26 Frage des Vorrangs des Bauordnungsrechts

In den Kollisionsgrundfällen 3 und 4 stimmt der von der Grunddienstbarkeit verlangte bauliche Zustand auf dem dienenden Grundstück nicht mit der Bauordnung überein. Es stehen sich zwei gegensätzliche Regelungen hinsichtlich des baulichen Zustandes gegenüber. Die Baugestaltung durch den Eigentümer des dienenden Grundstücks muß entweder die bauliche Ordnung oder die Grunddienstbarkeit verletzen.

Deswegen kann man von einer echten Kollision zwischen Dienstbarkeit und baulicher Ordnung sprechen.

Die von der Bauordnung getroffene öffentlich-rechtliche Regelung muß außer im Fall eines Dispenses durchgesetzt werden¹. Zu fragen ist deshalb nur, wie das Zurücktreten der privatrechtlichen Regelung bei der echten Kollision geschieht und welche Folgen es hat.

Nach PIETZONKAs Meinung² hat auf dem Gebiete des Bauordnungsrechts der Zwang der öffentlich-rechtlichen Regelung immer zur Folge, daß die entgegenstehenden privaten Rechte nicht mehr ausgeübt werden können.

Jedoch sei der Berechtigte von der öffentlichen Hand zu entschädigen. Nach dieser Ansicht kann der Dienstbarkeitsberechtigte den Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht daran hindern, das bauordnungsrechtlich zulässige, jedoch dienstbarkeitswidrige Bauwerk zu errichten³.

Zur Begründung seiner Ansicht führt PIETZONKA an, daß

¹s.o. S. 73/74

²NJW 59, 755 (756)

³Diese Folgerung zieht PIETZONKA ausdrücklich a.a.O. S. 756, oben rechts.

in den Vorschriften des Baurechts, die den sog. Bauanpassungszwang (die Pflicht, daß die Bauvorhaben den Planfeststellungen entsprechen müssen) normieren⁴ der Vorrang der zwingenden öffentlichen Regelung vor privaten Rechten festgelegt sei. Zu dieser Behauptung kommt er auf Grund des allgemeinen Ausgangspunktes, daß "die auf Grund gesetzlicher Ermächtigung erlassenen Durchführungspläne⁵, soweit sie Rechte und Pflichten festsetzen, ... den Vorrang vor anderen den gleichen Gegenstand berührenden Rechten haben". Eine solche Bestimmung ist, soweit er unter "anderen Rechten" entgegenstehende Ortsgesetze versteht, in den Vorschriften über den Bauanpassungszwang ausdrücklich enthalten⁶. Für entgegenstehende private Berechtigungen glaubt PIETZONKA sich auf die "schon in § 74 Einl. ALR aufgestellten Grundsätze" und darauf berufen zu können, daß das materielle Baurecht Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmt.

Diese Lösung der Kollision hält einer Nachprüfung nicht stand.

Es kann im Rahmen dieser Arbeit davon ausgegangen werden, daß der Bebauungsplan als Rechtssatz anzusehen ist⁷. Die vom Bebauungsplan auferlegten Pflichten

⁴Er bezieht sich dabei auf die Vorschriften der durch das BBauG aufgehobenen Aufbaugesetze, z.B. § 12 AufbauG NRW (ZINKAHN Nr. 195) § 12 AufbauG Nds (ZINKAHN Nr. 175) § 12 Hamb. AufbauG (ZINKAHN Nr. 150) u.a. Im BBauG ist der Bauanpassungszwang nicht ausdrücklich festgelegt, aber aus §§ 12 u. 30 zu entnehmen. Weil er damit bundeseinheitlich gilt, entfällt das sich gegen PIETZONKAS Ansicht daraus ergebende Bedenken, daß es in Bremen, Bayern, Berlin sowie im früheren Württ.-Hohenzollern keine AufbauGe gab und infolgedessen auch keinen Bauanpassungszwang. Auch im Hess. u. im Württ.-Bad. AufbauG (ZINKAHN Nr. 165 bzw. 235) fehlten Bestimmungen über den Bauanpassungszwang.

⁵Nach Erlaß des BBauGs muß man von Bebauungsplänen sprechen.

⁶Vgl. z. B. die in Fußn. 4 genannten Bestimmungen.

⁷§ 10 BBauG; BGH NJW 56, 1873 ff.; BVerwG NJW 57, 1083 ff. Diese Frage war für die Durchführungspläne nach den einzelnen AufbauGen heftig umstritten und Gegenstand vieler verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen. A.A. z.B. FORSTHOFF DVBl 57, 113 ff. u. BLÜMEL DÖV 59, 665 ff

hinsichtlich der Gestaltung eines Bauvorhabens sind demnach gesetzliche Pflichten. Dagegen wird mit der Dienstbarkeit vom Eigentümer des belasteten Grundstücks eine privatrechtliche Verpflichtung übernommen. Wenn PIETZONKA vom Vorrang des Durchführungsplanes spricht, ist unklar, in welcher Weise ein Rangverhältnis zwischen diesen Pflichten, oder anders gesehen, zwischen einem Gesetz im materiellen Sinne und einer privaten Berechtigung bestehen soll. Rechtliche Bedeutung kann der Begriff Vorrang nur bei einem wirklichen Rangverhältnis gleichartiger "Rechte" haben, z.B. zwischen verschiedenen (beschränkten) dinglichen Rechten am gleichen Grundstück⁸ oder zwischen verschiedenen Rechtssätzen⁹. Der Hinweis darauf, daß das materielle Baurecht grundsätzlich Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmt, geht in diesem Zusammenhang fehl.

Mit diesem Grundsatz soll ausgesagt werden, daß die Vorschriften des Baurechts im allgemeinen keine Sonderbeeinträchtigung mit sich bringen, die Entschädigungsansprüche auslösen würden, sondern daß sie nur die dem Eigentum immanenten Schranken aufzeigen¹⁰ (pflichtenklärende Inhaltsbestimmung). Dagegen will PIETZONKA ihn anscheinend heranziehen, um den einen Entschädigungsanspruch (seiner Meinung nach) auslösenden "Vorrang" der öffentlich-rechtlichen Regelung vor der privaten Berechtigung zu begründen.

⁷(Fortsetzung von S. 93) Bei der Beantwortung der Frage geht es mehr um den Rechtsschutz des Planbetroffenen als um den Rechtscharakter des Bebauungsplans. Ich schließe mich der eingehenden Untersuchung von BROHM, Rechtsschutz S. 27 ff. an, der den Bebauungsplan als Norm qualifiziert, wegen seines Charakters als "Vollzugsnorm" jedoch die Klage vor dem Verwaltungsgericht (als Vollzugsunterlassungsklage) zuläßt (Bespprechung der Arbeit von BROHM von NAUMANN DÖV 60, 808: zustimmend) - ähnlich SCHÜTZ-FROHBERG Anm. 1 zu § 8 BBauG, S. 41 - 44.

⁸WESTERMANN SR § 80 I insbesondere 3

⁹Vgl. dazu WOLFF VerwR § 26 insbesondere I

¹⁰BVerwG 3, 28 = DVBL 56, 234. Auf diese Entscheidung bezieht sich auch PIETZONKA.

Sodann bezieht sich dieser Grundsatz auf das Verhältnis zwischen dem bauwilligen Grundeigentümer und dem baurechtsetzenden Staat oder Gemeinwesen. PIETZONKA dehnt seine Anwendung aus auf das darin nicht enthaltene Verhältnis des privatrechtlich am Grundstück des Bauwilligen Berechtigten zum Gemeinwesen. So verstanden bedeutet der Grundsatz praktisch, daß nur der Staat bzw. das Gemeinwesen gegenüber dem Eigentümer auf die bauliche Ausnutzung des Grundeigentums einwirken kann und daß seine Wahrnehmung dieser Aufgabe Dritte von jeder Einflußnahme ausschließt.

Ebenso vermag die Bezugnahme auf den Rechtsgrundsatz des § 74 Einl. ALR seine Ansicht nicht zu stützen. Mit diesem Rechtsgrundsatz ist der Gemeinschaft nur das Recht gegeben, ihre objektiv wertvolleren Interessen im Falle einer Kollision mit privaten Rechten diesen gegenüber durchzusetzen¹¹. Ob von diesem Recht Gebrauch gemacht ist, und ob es im Einzelfall um wertvollere Interessen geht, muß sich aus den Rechtssätzen ergeben, die die Durchsetzung des in Rede stehenden Interesses behandeln¹² bzw. muß für den Einzelfall entschieden werden.

Aus der Formulierung des Bauanpassungszwangs in den Aufbaugesetzen und vor allem auch im BBauG kann eine solche Interessenbewertung gegenüber den privaten Rechten Dritter nicht entnommen werden. Auf private Rechte Dritter an dem anzupassenden Bauvorhaben oder Baugrundstück wollen die betreffenden Vorschriften auch nicht eingehen. Der Bauanpassungszwang ist nämlich nichts anderes als eine - wenn auch in anderer Form ausgedrückte - Wiederholung der bisherigen Anpassungspflicht, aus der sich das Genehmigungserfordernis ergibt. Das wird

¹¹ WOLFF VerwR § 60 I a

¹² Vgl. die Aufzählung der Beispiele bei WOLFF VerwR § 60 I b 4.

an der Fassung der §§ 12 u. 30 BBauG deutlich, wo festgelegt ist, daß der Bebauungsplan "rechtsverbindlich" wird (§ 12) und ein Vorhaben für "zulässig"¹³ angesehen wird, wenn es den Festsetzungen des Bebauungsplans nicht widerspricht (§ 30).

Gerade um sicherzustellen, daß sie mit der baulichen Ordnung übereinstimmen, also um die Erfüllung der Anpassungspflicht festzustellen, bedürfen die Bauvorhaben einer vor Beginn der Bauausführung erteilten Genehmigung¹⁴. Dabei ist der Durchführungs- oder Bebauungsplan nur ein Teil der baulichen Ordnung, wenn auch vielleicht der wirkungsvollste¹⁵. Neu ist am Bauanpassungszwang gegenüber der sich aus der immer schon bestehenden Genehmigungspflicht ergebenden Rechtsverbindlichkeit allenfalls, daß auch die nach bisherigem Recht nicht genehmigungsbedürftigen baulichen Anlagen dem Durchführungsplan (Bebauungsplan) entsprechen müssen¹⁶.

Für die Baugenehmigung galt und gilt aber der Grundsatz, daß sie unbeschadet der Rechte, nämlich jedenfalls der Privatrechte Dritter erteilt wird¹⁷.

Damit ist gesagt, daß die Regelungen des Bauordnungsrechts ohne Wirkung auf die Rechte Dritter sind und nur für das gerade zu genehmigende Bauvorhaben Bedeutung haben können. Also kann auch der Bauanpassungszwang nicht in Privatrechte Dritter eingreifen.

¹³Auf diesen seiner Meinung nach das frühere Baupolizeirecht kennzeichnenden Begriff kommt es PIETZONKA a.a.O. S. 756 linke Spalte Mitte an.

¹⁴BROHM, Rechtsschutz S. 92 mit ausführlichem Nachweis in FuBn. 13

¹⁵Vgl. BROHM, Rechtsschutz S. 60/61

¹⁶ERNST-FRIEDE Anm. 3 zu § 12 S. 140; GÖDERITZ-BLUNCK AufbauG NRW Anm. 5 zu § 12; GÖDERITZ-BLUNCK AufbauG Nds Anm. 4 zu § 12

¹⁷Eine solche Bestimmung findet sich in jeder BauO, vgl. statt aller § 3 Abs. 4 EBauO (ZINKAHN Nr. 660); s. auch BALTZ-FISCHER S. 142 bis 145 u. BROHM, Rechtsschutz S. 92, jeweils mit ausführlichem Nachweis.

Schließlich wird die Unhaltbarkeit der Ansicht PIETZONKAS auch an der von ihm vorgeschlagenen Entschädigungsregelung deutlich. Wenn die Gemeinde den Berechtigten für die durch den Bebauungsplan gegenstandslos gewordene Dienstbarkeit zu entschädigen hat, könnte jeder Grundeigentümer bedenkenlos eine baurechtswidrige Dienstbarkeit übernehmen und die Gegenleistung des Berechtigten dafür einstreichen. Nach erfolgter Genehmigung seines dienstbarkeitswidrigen aber baurechtsgemäßen Bauwerks hätte die Gemeinde den Berechtigten zu entschädigen: ein gutes Geschäft für beide Beteiligte.

§ 27 Ablösung der Dienstbarkeit bei Eintritt der Kollision durch Baugenehmigung

Danach kann die echte Kollision nicht mit dem "Vorrang der zwingenden öffentlichen Regelung" gelöst werden¹. Vielmehr ist der Dienstbarkeitsberechtigte in der Lage, die Ausführung des bauordnungsrechtlich genehmigten Bauvorhabens zu verhindern. Deshalb² braucht der Dienstbarkeitsverpflichtete eine Ablösungsvorschrift³.

Eine spezielle Ablösungsvorschrift für Dienstbarkeiten findet sich im Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 10. 12. 1907 in Art. 736. Absatz 1 dieser Vorschrift gibt einen Anspruch auf die Löschung von gegenstandslosen Dienstbarkeiten. Dieser ist im ZGB

¹KG JFG 22, 188 ff. = HRR 41 Nr. 447

²Die Möglichkeit des Dispenses ist hier nicht mehr zu erörtern.

³Der Begriff "Ablösung" ist dem Begriff "Enteignung", der dem staatlichen Eingriff vorbehalten bleiben muß, vorzuziehen, vgl. WESTERMANN, Bauliches Nachbarrecht S. 39. Ablösung ist dabei in einem anderen Sinne gebraucht als in den §§ 1142 u. 1249 BGB: das Ziel ist nicht die Erhaltung der Rechtsstellung des ablösungsberechtigten Dritten, sondern die Beseitigung überholter Rechte im Verhältnis zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem.

notwendig, weil darin nicht - wie in § 1019 für das BGB - ein Vorteilserfordernis aufgestellt ist⁴. Nach Art. 736 Abs. 2 kann bei einem erheblichen Mißverhältnis zwischen dem Interesse des Berechtigten und der Belastung für den Verpflichteten die Dienstbarkeit gegen Entschädigung abgelöst werden. Diese Vorschrift bringt also einen dem Grundsatz von Treu und Glauben entsprechenden Interessenausgleich⁵: sie gibt dem Verpflichteten bei unverhältnismäßiger Belastung einen gerichtlich durchzusetzenden⁶ Ablösungs-(= Verzichts)anspruch.

Im Falle einer echten Kollision ist jedoch nicht immer gesagt, daß das Interesse des Berechtigten an der Dienstbarkeit unverhältnismäßig gering ist gegenüber dem Interesse des Verpflichteten an der Bebauung seines Grundstücks. Deswegen würde eine solche Ablösungsvorschrift dem Verpflichteten häufig nicht helfen können⁷.

Vielmehr müßte dem bauwilligen Grundeigentümer in einer Ablösungsvorschrift die durchsetzbare Berechtigung gegeben sein, gegen Entschädigung private Rechte außer Kraft zu setzen, die eine baurechtsgemäße Bauweise auf seinem Grundstück verhindern⁸. Eine solche Vorschrift war im DITTUS-Entwurf⁹ vorhanden und wurde auch von WESTERMANN für das BBauG vorgeschlagen¹⁰.

⁴BURDET, Die Ablösung von Grunddienstbarkeiten, Diss. Bern 1946 S. 11

⁵BURDET a.a.O. S. 37 ff. ⁶BURDET a.a.O. S. 36/37

⁷Das ist für die Schweiz deswegen unerheblich, weil dort die bauhindernden Dienstbarkeiten durch die entgegenstehenden Bauvorschriften aufgehoben werden, und zwar ohne Anspruch auf Entschädigung, vgl. BURDET S. 35, 45 und besonders S. 61 f. Die Lösung PIETZONKAS trifft also für die Schweiz zu.

⁸WESTERMANN, Bauliches Nachbarrecht S. 38 f, der insbesondere auf das Bedürfnis für eine solche Vorschrift hinweist.

⁹Entwurf zu einem Baugesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Hamburg-Altona 1951, § 180

¹⁰Vgl. Fußn. 8

Sie fehlte dann aber in dem Entwurf der Hauptkommission und fehlt auch im BBauG.

Eine Ablösungsvorschrift gilt gegenwärtig nur¹¹ im Saarland (§ 36 des Baugesetzes)¹². Aus dem Wortlaut der Vorschrift geht jedoch nicht eindeutig hervor, ob dem bauwilligen Grundeigentümer eine Berechtigung eingeräumt wird. Vielmehr spricht die Bestimmung des § 36 Abs. 2, daß die Ablösung nur im Genehmigungsverfahren erfolgen kann, dafür, daß die Ablösungsmöglichkeit in die Hand der Genehmigungsbehörde gegeben ist. Immerhin dürfte mit dieser Vorschrift die echte Kollision zu lösen sein¹³.

Im übrigen Bundesgebiet ist der bauwillige Grundeigentümer, der die Beseitigung der bauhindernden Dienstbarkeit durchsetzen will, auf die Möglichkeiten beschränkt¹⁴, die ihm durch den Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben gegeben sind.

Es wurde oben¹⁵ schon darauf hingewiesen, daß die Anwendung dieses Grundsatzes auch im Sachenrecht durchaus zu einem Anspruch führen kann, nach dem auf

¹¹ Im BGB ist keine ausdrückliche Ablösungsvorschrift enthalten, vgl. BURDET a.a.O. S. 33 f

¹² ZINKAHN Nr. 669 c. Das Baugesetz ist im Gegensatz zum Gesetz über Planung und Städtebau (ZINKAHN Nr. 40) durch das BBauG nicht aufgehoben worden.

¹³ Das Vorhandensein dieser Vorschrift spricht auch gegen die oben abgelehnte Ansicht PIETZONKAS: in § 15 Abs. 1 des durch das BBauG aufgehobenen Saarländischen Gesetzes über Planung und Städtebau (ZINKAHN Nr. 40) war ausdrücklich bestimmt, daß entgegenstehende Planungen jeder Art außer Wirksamkeit treten. Trotz dieses weitreichenden Bauanpassungszwanges wurde mit dem späteren Baugesetz die Ablösungsvorschrift des § 36 geschaffen. Daraus ergibt sich, daß der Bauanpassungszwang keine Wirkung auf entgegenstehende private Rechte haben kann.

¹⁴ § 1020 BGB kann nach h.M. niemals eine Einschränkung des Rechtsinhalts bringen.

¹⁵ § 25 S. 89 vgl. auch Fußn. 11.

die dingliche Berechtigung verzichtet werden muß.

Wenn der Berechtigte wegen veränderter Umstände an seiner Dienstbarkeit kein vernünftiges Interesse mehr haben kann, wäre die Ausübung der Dienstbarkeit Rechtsmißbrauch¹⁶. Als Beispiel kann der Grundfall 4¹⁷ mit der Variation dienen, daß die Aussicht dem Berechtigten durch die Bebauung des übernächsten Grundstücks sowieso schon verwehrt, Luft- und Lichtzufuhr wegen der offenen Bauweise aber auch bei dienstbarkeitswidriger Bebauung des belasteten Grundstücks gesichert ist. Weil dann jedes berechnigte Interesse fehlt, ist die Ausübung der Dienstbarkeit unzulässig¹⁸. Der Dienstbarkeitsverpflichtete, der wegen der Kollision nicht bauen kann, ist durch die Dienstbarkeit ganz besonders beeinträchtigt und hat deshalb einen Anspruch auf Verzicht.

Im allgemeinen wird jedoch der Dienstbarkeitsverpflichtete nicht das Glück haben, daß die Kollision auf Grund solcher, nicht im Zusammenhang mit der Kollision stehender veränderter Umstände gelöst werden kann. Normalerweise wird seinem Beseitigungsinteresse ein größeres oder geringeres, jedenfalls aber auch schutzwürdiges Interesse des Berechtigten an der Einhaltung der Dienstbarkeitsverpflichtung gegenüberstehen. Damit entfällt in aller Regel die Lösungsmöglichkeit unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmißbrauchs.

Der Verpflichtete strebt die Beseitigung der Dienstbarkeit an, weil sie nach Eintritt der Kollision von

¹⁶SOERGEL-SIEBERT Rdn. 150, 151 zu § 242

¹⁷Vgl. o. § 15 S. 59

¹⁸Diese Möglichkeit gleicht dem Art. 736 Abs. 1 ZGB bzw. den Fällen, in denen nicht eindeutig ist, ob eine Lösung nach Abs. 1 oder Abs. 2 in Frage kommt, vgl. BURDET a.a.O. S. 36 ff. und S. 45.

einer baubeschränkenden zu einer bauhindernden Dienstbarkeit geworden ist. Diese Veränderung der Sachlage ist das kennzeichnende Motiv für sein Ablösungsbegehren. Deswegen ist der Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben hier in seinem dritten Funktionskreis¹⁹ anzuwenden: Umwandlung des Rechtsinhalts oder sogar Verzicht auf die Rechtsstellung wegen der notwendigen Anpassung an veränderte Umstände²⁰ (Wegfall der Geschäftsgrundlage). Dabei soll nicht verkannt werden, daß fast immer durch die Änderung der Umstände ein Mißverhältnis der Interessen entsteht. So kann hier auch der Funktionskreis des Rechtsmißbrauchs berührt werden, insbesondere der Fall des rücksichtslosen übermäßigen Eigennutzens - der seinerseits wieder mit dem Schikaneverbot zusammenhängt²¹. Das ist darauf zurückzuführen, daß sowohl der Rechtsmißbrauch als auch der Wegfall der Geschäftsgrundlage unter dem beherrschenden Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit stehen²².

¹⁹Oben § 25 S. 90 Fußn. 12 wurde schon dargelegt, daß hinsichtlich der von SIEBERT gebrachten Systematik der Fälle, in denen der Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben wirksam wird, von einem gesicherten Ergebnis ausgegangen werden kann, vgl. auch MÜHL NJW 56, 1657/1658

²⁰Daß die Änderung der Umstände sogar einen Anspruch auf Verzicht geben kann, ist seit RG 169, 180 h.M. Vgl. z.B. ERMAN-RONKE Bem. 6 vor 1018; PALANDT-HOCHE Bem. 4 vor § 1018; STAUDINGER-RING Anm. 45 zu § 1018.

²¹Ich schließe mich-insoweit gegen SOERGEL-SIEBERT Rdn. 162 - der Ansicht von WIEACKER, Präzisierung S. 34-36 an, daß die "objektive Unverhältnismäßigkeit von Schuldneraufwand und Gläubigervorteil" (SIEBERT) nicht genügt, sondern daß außerdem dem Berechtigten illoyale Gesinnung vorzuwerfen sein muß. Das ergibt sich schon aus der Formulierung von SIEBERT: rücksichtsloser übermäßiger Eigennutz. Schädigungsabsicht verlangt auch WIEACKER nicht.

²²Vgl. SOERGEL-SIEBERT Rdn. 31 und 230 zu § 242. Deutlich werden diese Zusammenhänge auch an der Erörterung der Anwendungsmöglichkeiten des Art. 736 Abs. 2 ZGB bei BURDET a.a.O. S. 37 ff. BURDET weist immer wieder auf die clausula rebus sic stantibus hin.

Im Grundfall 3 (baurechtswidrige Dienstbarkeit)²³ bestanden die Vorschriften des Bauordnungsrechts, denen die Forderung der Dienstbarkeit widerspricht, schon im Zeitpunkt der Bestellung der Dienstbarkeit. Also haben sich die Umstände mit dem Eintritt der Kollision durch die Baugenehmigung nicht verändert. Damit ist die Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit des § 242 (clausula rebus sic stantibus) nicht gegeben. Also scheidet ein Beseitigungsanspruch für die Fälle der echten Kollision bei einer baurechtswidrigen Dienstbarkeit schon von vornherein aus. Insofern kann der Gedanke der Risikoübernahme²⁴ herangezogen werden: der Dienstbarkeitsverpflichtete hätte den Eintritt der Kollision voraussehen können.²⁵ Er kann sich auf eine evtl. Unkenntnis der betreffenden Vorschriften des Bauordnungsrechts in diesem Zusammenhang nicht berufen²⁶. Erst recht kann ihm mit dem Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben nicht geholfen werden, wenn er mit einem Dispens gerechnet hat, weil er dann ein Spekulationsgeschäft²⁷ abgeschlossen hat.

Nur in ganz seltenen Fällen wird man auch bei der baurechtswidrigen Dienstbarkeit wegen Fehlens der subjektiven Geschäftsgrundlage zu einer Lösung der Kollision nach den Grundsätzen von Treu und Glauben kommen können. Die subjektive Geschäftsgrundlage ist die gemeinsame Vorstellung beider Parteien, von der sie sich bei der Bestellung der Dienstbarkeit

²³Vgl. o. § 15 S. 59

²⁴SOERGEL-SIEBERT Rdn. 251 ff. zu § 242

²⁵Dabei handelt es sich nicht um eine Voraussehbarkeit hinsichtlich der Änderung der Umstände (dazu SOERGEL-SIEBERT Rdn. 255), weil eine Änderung überhaupt nicht vorliegt.

²⁶BayObLG LZ 1917, 66

²⁷LARENZ, Geschäftsgrundlage S. 91, 177; SOERGEL-SIEBERT Rdn. 253.

haben leiten lassen²⁸. Es wird aber fast nie so sein, daß beide Parteien bei Bestellung der baubeschränkenden Dienstbarkeit in der Weise an die Bauordnungsvorschriften gedacht haben, daß sie einen Widerspruch der Dienstbarkeit zur Regelung der Bauordnung für unmöglich hielten. Wenn die Parteien schon bei der Dienstbarkeitsbestellung die Regelung des Bauordnungsrechts bedenken, werden sie sich auch über Art und Umfang der Regelung aus den einschlägigen Vorschriften informieren.

Also kann eine Lösung der echten Kollision mit der clausula rebus sic stantibus auf Grund des Grundsatzes von Treu und Glauben in aller Regel nur für den Grundfall 4 (dienstbarkeitswidrige Norm) in Frage kommen²⁹.

Wenn infolge der Anwendung der dienstbarkeitswidrigen Norm das Grundstück des Dienstbarkeitsverpflichteten nicht bebaut werden kann, verliert es ganz erheblich an wirtschaftlichem Wert (Verkaufs- oder Nutzwert). So kommt als besonderer Fall des Funktionskreises "Wegfall der Geschäftsgrundlage" die "schwere Äquivalenzstörung"^{30, 31} infolge veränderter Umstände in Betracht. Die echte Kollision kann dem Dienstbarkeitsverpflichteten dann den Anspruch geben, die Beseitigung der Dienstbarkeit zu verlangen, wenn für ihn der Verzicht auf die Bebaunungsmöglichkeit völlig unzumutbar ist. Andererseits muß dem Berechtigten der Verlust der Dienstbarkeit zugemutet werden können, weil dem

²⁸LARENZ, Geschäftsgrundlage S. 184 (These)

²⁹Die Entscheidung BVerwG DÖV 56, 410 betrifft die Wirkung der clausula infolge Veränderung des Baurechts, allerdings bei einem öffentlich-rechtlichen Vertrag.

³⁰LARENZ, Geschäftsgrundlage S. 78 ff., 176 ff., 185 (These)

³¹SOERGEL-SIEBERT Rdn. 250 u. 275 zu § 242 nennt diesen Fall "wirtschaftliche Unmöglichkeit".

Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben nur dann ein Interessenausgleich in Form einer Anpassung³² nicht mehr entsprechen kann³³. Ein solcher Fall wird auch bei der echten Kollision nicht häufig vorkommen³⁴.

Wenn aber tatsächlich einmal die Opfergrenze für den Dienstbarkeitsverpflichteten überschritten ist und der Berechtigte verzichten muß, liegt es nahe zu fragen, ob der Verpflichtete den Berechtigten für den Rechtsverlust zu entschädigen hat.

In Frage kommt nur³⁵ eine Entschädigungspflicht im Rahmen der richterlichen Anpassung der Rechtsbeziehungen an die veränderten Verhältnisse. Anpassung bedeutet grundsätzlich eine Abänderung bei Fortbestand der Rechtsbeziehungen³⁶. Bei einem Verzichtsanspruch werden die Rechtsbeziehungen zwischen den Dienstbarkeitspartnern jedoch beendet. Außerdem sollen durch die Anpassung die bestehenden Rechte und Pflichten nur fortgebildet oder umgewandelt, nicht jedoch neue geschaffen werden³⁷.

Gleichwohl wird man in den seltenen Fällen eines Verzichtsanspruchs die Entschädigungspflicht bejahen können. Nur dann kann in den meisten Fällen nämlich der Verzicht dem Berechtigten zugemutet werden.

³²Eine Anpassung würde zu einer vergleichsweisen Regelung führen, wie sie oben § 21 S. 74 erörtert worden ist.

³³Darin kommt zum Ausdruck, daß eine Äquivalenzstörung vorliegt. Durch diese Forderung kann auch den Bedenken begegnet werden, die gegen die "Verselbständigung der Unzumutbarkeit" in der Rechtsprechung des BGH und die damit verbundene "Aufweichung der Risikoverteilung" von SOERGEL-SIEBERT Rdn. 232 zu § 242 und von IARENZ, Geschäftsgrundlage S. 111 ff. erhoben werden.

³⁴Vgl. die strengen Erfordernisse in BGH Betr. 58, 1325 u. bei IARENZ, Geschäftsgrundlage S. 171/172.

³⁵Ein Bereicherungsanspruch scheidet aus, weil der Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht rechtsgrundlos von seiner Verpflichtung befreit worden ist.

³⁶Vgl. SOERGEL-SIEBERT Rdn. 257 u. 259 zu § 242; ERMAN-GOERKE Bem. 9 g zu § 242. Dabei ist jedoch zu beachten, daß in den Fällen der Anpassung regelmäßig von einem Schuldverhältnis, überwiegend von einem gegenseitigen Vertrag ausgegangen wird.

Letzten Endes ist auch die Abwicklung oder sonstige Beendigung der Rechtsbeziehungen als Anpassung - wenn auch als deren äußerste Möglichkeit - anzusehen³⁸. Die Entschädigungspflicht ist auch keine neue Verpflichtung in dem oben gemeinten Sinne. Vielmehr muß ihre Festsetzung als Umwandlung der unzumutbaren Dienstbarkeitspflicht angesehen werden³⁹. Innerhalb der Anpassungsmöglichkeiten ist der sog. Ausgleichsanspruch entwickelt worden.⁴⁰ Er besagt, daß die durch veränderte Verhältnisse verursachte erhebliche Verschiebung des Wertverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung, die einen Partner einseitig belastet, durch einen Anspruch des Belasteten gegenüber dem Begünstigten auf einen Beitrag zur Beseitigung der Belastung wieder ausgeglichen wird⁴¹. Wenn aber beim Fortbestand oder auch bei der Ab-

³⁷SOERGEL-SIEBERT Rdn. 257 a.E. zu § 242

³⁸Nur bei einem Dauerschuldverhältnis kann man von einer wirklichen Anpassung für die Zukunft sprechen, vgl. BGH Betr. 58, 1325; LARENS, Geschäftsgrundlage S. 174

³⁹Eine ähnliche Ansicht hat das RG vertreten (RG 169, 249 = DR 43, 144 = HRR 42 Nr. 682: darin ist der Leitsatz am klarsten gefaßt). In diesem Fall ging es um einen an sich bestehenden Anspruch auf Übertragung eines Handelsgeschäfts, der vom RG wegen Unzumutbarkeit für den Verpflichteten in einem Geldzahlungsanspruch umgewandelt wurde. SOERGEL-SIEBERT bringt diese Entscheidung, da er für die Unzulässigkeit der Rechtsausübung wegen rücksichtslosen Eigennutzes das objektive Mißverhältnis genügen läßt, folgerichtig unter diesem Gesichtspunkt (Rdn. 163 zu § 242). An der Entscheidung wird aber besonders deutlich, daß ein solcher Fall nach der clausula rebus sic stantibus zu beurteilen und im Rahmen der Anpassung zu erörtern ist. Auch der BGH DNotZ 59, 240 ff. insbesondere 242 ist hinsichtlich der Anpassung des Rechtsinhalts nach veränderten Verhältnissen sehr weit gegangen.

⁴⁰RG 112, 333 ff.; RG 142, 34; vgl. auch die Zusammenstellung und Besprechung der RG-Entscheidungen zum Ausgleichsanspruch bei LARENZ, Geschäftsgrundlage S. 84 ff.

⁴¹SOERGEL-SIEBERT Rdn. 269 zu § 242; ERMAN-GOERKE Bem. 9 h zu § 242

wicklung eines Schuldverhältnisses ein Ausgleichsanspruch hinsichtlich der einseitigen Belastung anerkannt wird, spricht nichts dagegen, auch bei Beendigung der auf einer dinglichen Berechtigung beruhenden Rechtsbeziehungen durch Verzicht nicht nur dem Verzichtenden die ganze Belastung aufzuerlegen. Vielmehr muß der durch den Verzicht Begünstigte den Schaden des Verzichtenden ausgleichen⁴². Die Höhe der Entschädigung ist dabei gerechterweise vom Richter je nach dem Umfang des schutzwürdigen Interesses des Berechtigten am Fortbestand der Dienstbarkeit zu bemessen.

Nach allem kann festgehalten werden, daß die selten anwendbare Ablösungsmöglichkeit auf Grund von Treu und Glauben im Falle der echten Kollision völlig der Regelung des Art. 736 Abs. 2 des Schweizerischen ZGB entspricht, die von der Rechtsprechung unter Anlegung eines sehr strengen Maßstabes gehandhabt wird⁴³.

§ 28 Enteignung der bauhindernden Dienstbarkeit

In der Mehrzahl der Fälle der echten Kollision kann der durch die bauhindernde Dienstbarkeit verpflichtete Eigentümer nicht unmittelbar gegen den Berechtigten und gegen die Dienstbarkeit vorgehen. Er ist darauf angewiesen, daß der Staat ihm zu Hilfe kommt und die bauhindernde Dienstbarkeit enteignet. Das ist auf Grund der Enteignungsbestimmungen des BBauG möglich.

⁴²Von seinem Standpunkt aus (vgl. oben Fußn. 39) könnte SOERGEL-SIEBERT keine Entschädigungspflicht begründen, da er den Verzichtsanspruch wegen unzulässiger Rechtsausübung geben würde, in deren Rahmen es keine Anpassung gibt.

⁴³Vgl. - auch zur Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts - BURDET, Die Ablösung der Grunddienstbarkeiten, Diss. Bern 1946 S. 38 - 43 sowie insbesondere S. 46 - 54.

Diese Bestimmungen haben nach § 85 BBauG gerade den Zweck, die bebauungsplanmäßige oder sonst sinnvolle bauliche Nutzung von Grundstücken zu ermöglichen¹. Als Gegenstand der Enteignung sind in § 86 Abs. 1 Ziff. 2 BBauG ausdrücklich Rechte an Grundstücken genannt². So können bauhindernde Dienstbarkeiten Gegenstand der Enteignung sein. Im Gegensatz zu Baugrundstücken, deren Enteignung nur zu Gunsten der Gemeinde zulässig ist, können Rechte an Grundstücken, zu Gunsten aller Bauwilligen enteignet werden (§ 87 Abs. 3 BBauG). Der schon in § 1 des durch das BBauG aufgehobenen Baulandbeschaffungsgesetzes enthaltene Verfassungsgrundsatz (Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG), daß die Enteignung nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig ist (§ 87 Abs. 1 BBauG)³, ist auch nicht hinderlich⁴. Die gesetzlich aufgestellten Enteignungszwecke des § 85 BBauG dienen dem Wohl der Allgemeinheit. Darum braucht die Enteignungsbehörde nur in besonderen Zweifelsfällen die Zulässigkeit einer nach dem Wortlaut des Gesetzes möglichen Enteignung unter dem Gesichtspunkt des Allgemeinwohls zu prüfen⁵. Den Nachweis, daß weder passende Grund-

¹Darin liegt eine beachtenswerte Verbesserung gegenüber dem Enteignungszweck nach dem Baulandbeschaffungsgesetz (§ 2: im wesentlichen zu Gunsten von Wohnbauten), KNAUP-INGENSTAU S. 162; vgl. auch DITTUS NJW 54, 1829 u. Begründung des BBauGentwurfs der Hauptkommission S.85

²Außerdem spricht zwar auch Ziff. 3 von Rechten, die den Verpflichteten in der Benutzung von Grundstücken beschränken. Damit dürfte aber, wie aus § 113 Abs. 2 Ziff. 4 b u. c zu entnehmen ist, keine dingliche Berechtigung gemeint sein; vgl. SCHÜTZ-FROHBERG Anm. 12 zu § 86; KNAUP-INGENSTAU S. 165.

³Da es sich um einen Verfassungsgrundsatz handelt, ist nicht anzunehmen, daß die Veränderung des Wortlauts gegenüber dem Baulandbeschaffungsgesetz eine Erschwerung darstellen soll.

⁴Vgl. i.e. DITTUS-ZINKAHN, Baulandbeschaffungsgesetz S. 82, ähnlich - allerdings etwas enger - SCHÜTZ-FROHBERG Anm. 2 u. 4 - 7 zu § 87, insbesondere S. 242

⁵Eine andere Ansicht wird in der Begründung des BBauGentwurfs der Hauptkommission S. 87 vertreten; enger auch SCHÜTZ-FROHBERG Anm. 4 - 7 zu § 87.

stücke der öffentlichen Hand vorhanden sind noch der freihändige Erwerb von Bauland möglich ist (§ 87 Abs. 2 Ziff. 1 u. 2 BBauG)⁶, braucht der mit einer bauhindernden Dienstbarkeit Belastete nicht zu erbringen⁷. Diese Bestimmungen sind nur auf die Enteignung von Grundeigentum zugeschnitten. Die nach § 86 Abs. 3 BBauG vorgeschriebene sinngemäße Anwendung bringt mit sich, daß diese Vorschriften zumindest bei einer bauhindernden Dienstbarkeit bedeutungslos sind⁸. Es wäre widersinnig, wenn der bauwillige Eigentümer eines Grundstücks, der wegen der darauf lastenden Dienstbarkeit nicht bauen kann, sich eher um den Erwerb eines anderen bebauungsfähigen Grundstücks als um die Beseitigung der Dienstbarkeit bemühen müßte. Vielmehr braucht er nur nachzuweisen, daß ihm die Ablösung der Dienstbarkeit im Wege vertraglicher Aufhebung nicht gelungen ist.

Wenn die Dienstbarkeit enteignet wird, erlischt sie ersatzlos, da der Eigentümer des belasteten Grundstücks Enteignungsbegünstigter ist⁹. Deswegen hat auch er für den Rechtsverlust und für andere Vermögensnachteile nach Maßgabe der §§ 95 u. 96 BBauG Entschädigung zu leisten (§ 94 Abs. 2 BBauG). In der Regel wird es sich dabei um eine Geldentschädigung handeln.

Auf Grund dieser Möglichkeiten des BBauGs können alle Fälle einer echten Kollision befriedigend ge-

⁶ Das BBauG spricht zwar nicht ausdrücklich wie das Baulandbeschaffungsgesetz vom Nachweis. Da jedoch der Enteignungsbeschluß auf einen Antrag hin nach einer schriftlich vorbereiteten mündlichen Verhandlung erfolgt, läuft die Begründung des Antrages auf einen solchen Nachweis hinaus. Vgl. SCHÜTZ-FROHBERG Anm. 9 u. 18 zu § 87.

⁷ DITTUS-ZINKAHN, Baulandbeschaffungsgesetz S. 127

⁸ Begründung des BBauG Entwurfs der Hauptkommission S. 86: "...eine sinngemäße Anwendung, da nicht alle Vorschriften dieses Teils tatsächlich angewendet werden können".

⁹ DITTUS-ZINKAHN, Baulandbeschaffungsgesetz S. 73.

löst werden¹⁰. Insbesondere wird der gesetzlich vorgesehene Einigungsversuch der Enteignungsbehörde (§ 110 BBauG) häufig zum Ziel führen, weil für den Berechtigten dabei der Druck des unabwendbar kommenden Enteignungsverfahrens spürbar wird. Zu beachten ist auch, daß der Dienstbarkeitsverpflichtete als Antragsteller bei Ablehnung seines Antrages um gerichtliche Entscheidung nachsuchen kann (§§ 113 Abs. 1, 157 ff. BBauG).

§ 29 Kollision durch Baugebot

Unausweichlich scheint die Kollision für den Eigentümer des belasteten Grundstücks zu sein, wenn sie durch ein Baugebot ausgelöst wird. Der Dienstbarkeitsberechtigte kann den Verpflichteten - notfalls durch einstweilige Verfügung oder Urteil - daran hindern, dem Baugebot nachzukommen. Das im Baugebot enthaltene Verlangen gegenüber dem bauordnungspflichtigen Eigentümer des belasteten Grundstücks geht also über die Grenzen hinaus, die gerade ihm durch ein Privatrechtsverhältnis gesetzt sind. Damit liegt ein Fall des rechtlichen Unvermögens¹ auf seiten des Adressaten vor. Rechtliche (absolute)² Unmöglichkeit ist schon deswegen nicht gegeben, weil ein anderer, nicht mit der Dienstbarkeit belasteter Eigentümer dem entsprechenden Baugebot nachkommen könnte.

Ein Verwaltungsakt, der die für den Adressaten be-

¹⁰ Das Enteignungsverfahren soll gemäß § 108 Abs. 1 BBauG beschleunigt durchgeführt werden. Für den Verpflichteten ist dabei bedeutsam, daß ein Gutachten über den Wert der Dienstbarkeit nicht eingeholt zu werden braucht.

¹ In der Rechtsprechung des ProVG wird das rechtliche Unvermögen immer als rechtliche Unmöglichkeit bezeichnet: vgl. ProVG 24, 385; 38, 180/181; 64, 477; 72, 284; 95, 123; RuPrVerwBl 31, 394 u. 780; ebenso OVG Münster AS 9, 103.

² WOLFF VerwR § 51 III a; OVG Hamburg DVBl 57, 867

stehende Grenze des rechtlichen Dürfens nicht beachtet, ist fehlerhaft³ u. 4. Die insoweit einheitlichen Meinungen in Lehre und Rechtsprechung gehen jedoch hinsichtlich der Folge der Fehlerhaftigkeit - Nichtigkeit oder Aufhebbarkeit - auseinander, je nach dem Gesichtspunkt, unter dem die Unterscheidung der fehlerhaften Verwaltungsakte in nichtige und aufhebbare vorgenommen wird⁵. Wenn man mit der überwiegenden Meinung auf die Schwere und subjektive Offensichtlichkeit des Fehlers abstellen würde, müßte man das Baugebot wegen der unüberbrückbaren und deutlichen Pflichtenkollision für den Betroffenen als nichtig ansehen⁶. Dann könnte es niemals zu einer echten Kollision durch ein Baugebot kommen.

Diese überwiegende Meinung führt jedoch nicht zu einheitlichen und vor allen Dingen vom Einzelfall und seiner richterlichen Wertung unabhängigen Ergebnissen. Das wird an der kasuistischen Rechtsprechung deutlich⁷. Bedenken gegen sie ergeben sich auch daraus, daß nach ihr auch Subsumtionsfehler zur Nichtigkeit führen können, diese aber im Einzelfall sehr strittig sein können, so daß eine verbindliche Aufhebung durch die Verwaltungsgerichte notwendig ist⁸.

³ProVG in den oben Fußn. 1 angeführten Entscheidungen; OVG Hamburg DVBl 57, 867; DREWS-WACKE S. 109, der seinerseits nicht klar zwischen tatsächlichem und rechtlichem Unvermögen unterscheidet; FORSTHOFF VerwR S. 228 mit weiterem Nachweis in Fußn. 6; NEBINGER VerwR S. 211; WOLFF VerwR § 51 IV b 6.

⁴Die häufig gegenüber dem rechtlichen Unvermögen abge sondert behandelte Frage - z.B. von FORSTHOFF VerwR S. 228, der Rechtsprechung des ProVG folgend - ob der Verwaltungsakt fehlerhaft ist, wenn ein Dritter die darin aufgegebene Handlung genehmigen kann, gehört zum rechtlichen Unvermögen: wenn die Genehmigung - möglicherweise stillschweigend - erteilt ist, liegt kein Unvermögen mehr vor.

⁵Vgl. die Zusammenstellung bei WOLFF VerwR § 51 I b 3 u. LUND, Heilung fehlerhafter Verwaltungsakte durch Unterwerfung, Diss. Münster 1959 S. 2; Vgl. auch HENGST, Der nichtige Verwaltungsakt im Verwaltungsverfahren und im Prozeß, Diss. Münster 1960 S. 10/11

⁶So FORSTHOFF VerwR S. 228 und die von ihm zitierten Autoren, weiter NEBINGER VerwR S. 211

Deswegen muß der sog. objektiven Evidenztheorie⁹ der Vorzug gegeben werden. Diese kommt nur bei einem im Vergleich mit der objektiven Rechtsordnung sich als unmöglich herausstellenden Verwaltungsakt zur schwersten Fehlerfolge der Nichtigkeit¹⁰. Danach kommt einem Verwaltungsakt, dessen Fehlerhaftigkeit sich nicht bereits aus dem objektiven Recht, sondern erst aus dessen Anwendung auf den konkreten Sachverhalt ergibt, also relativ ist¹¹, nur die Rechtsfolge der Aufhebbarkeit zu¹². Ein Fall von rechtlichem Unvermögen bringt also wegen des nur relativen Inhaltsmangels die Mangelhaftigkeit¹³ des Verwaltungsaktes und damit die Folge der Aufhebbarkeit mit sich.

Weil danach die Anfechtung des Baugebots durch den Dienstbarkeitsverpflichteten immer Erfolg haben muß, ist die Kollision nicht so unausweichlich, daß sie nicht gelöst werden könnte. Als Ergebnis kann festgehalten werden, daß eine echte Kollision auf Grund eines Baugebotes wegen der Mangelhaftigkeit dieses Baugebotes nicht in Frage kommt.

Vielmehr muß die Bauordnungsbehörde vor einem Baugebot die bauhindernde Dienstbarkeit beseitigen. Dazu ist sie auf Grund der erörterten Vorschriften des BBauGs¹⁴ in der Lage. Es spricht nichts dagegen, daß auch eine Behörde den Antrag auf Enteignung einer Dienstbarkeit stellen kann. Im übrigen bleibt es bei der geschilderten Rechtslage; insbesondere hat der Dienstbarkeitsverpflichtete als Enteignungsbegünstigter die Entschädigung zu leisten.

⁷Gegensätzliche Entscheidungen zu einem gleichgelagerten Sachverhalt fällten OVG Münster DVBl 57, 21 u. BGH DVBl

⁸WOLFF VerwR § 51 I b 4 57, 24.

⁹Vertreten von HEYEN SchlHanz 49, 357 ff u. WOLFF MDR 51, 523 f sowie VerwR § 51 I b 4 u. III. Ihm folgend LUND a.a.O. S. 2 ff. und ein Teil der Rechtsprechung, vgl. die Zusammenstellung bei HENGST a.a.O. S. 11 Fußn. 35

¹⁰WOLFF MDR 51, 525; HEYEN SchlHanz 49, 358.

¹¹WOLFF MDR 51, 525. ¹²WOLFF VerwR § 51 I b 4

¹³WOLFF VerwR § 51 IV b 6 ¹⁴Vgl. o. § 28

§ 30 Zusammenfassung der Ergebnisse

Die Vorschriften der baulichen Ordnung und die Dienstbarkeiten - im privaten Interesse allerdings nur die Grunddienstbarkeiten - stellen Regelungen für Einzelbauwerke auf. Das Verhältnis zwischen Dienstbarkeiten und baulicher Ordnung kann positiv sein, wobei beide Regelungen des baulichen Geschehens übereinstimmen können, oder die Dienstbarkeit zur Ergänzung des Bauordnungsrechts herangezogen werden kann. Es kann aber auch negativ sein, indem beide Regelungen sich gegenseitig ganz oder teilweise ausschließen, so daß es zu einer Kollision kommt.

Der Standpunkt der herrschenden Meinung, daß Dienstbarkeiten nicht eine schon kraft Gesetzes bestehende Verpflichtung zum Inhalt haben können, muß eingeschränkt werden. Wem das Gesetz die der Verpflichtung entsprechende Berechtigung nicht gibt, der kann sich eine gesetzeswiederholende Dienstbarkeit bestellen lassen. Das trifft insbesondere für den Nachbarn zu, der grundsätzlich kein Recht auf Einhaltung der baulichen Ordnung hat.

Zur Ergänzung der baulichen Ordnung sind Dienstbarkeiten verwendbar, wenn sie den dauernden Bestand der Voraussetzungen einer Ausnahmeregelung sichern, die nur von dem Grundstück erbracht werden können, das dem mit einer Ausnahmeregelung bedachten Grundstück benachbart ist. Fälle einer solchen Verwendbarkeit ergeben sich häufig aus den Vorschriften der baulichen Ordnung.

Die obrigkeitliche Verwaltung kann sich privatrechtlicher Institutionen - wie z.B. der Dienstbarkeiten - zur Erreichung ihrer Verwaltungszwecke bedienen, soweit keine arteigenen öffentlich-rechtlichen Formen vorhanden sind. Sie kann also auch beschränkte persönliche Dienstbarkeiten zu Gunsten der Gebietskörperschaft eintragen lassen, deren Behörde die

bauliche Ordnung zu wahren hat. Dabei ist bedeutsam, daß für beschränkte persönliche Dienstbarkeiten ein dem § 1019 BGB ähnliches Vorteilserfordernis als inhaltliche Zulässigkeitsvoraussetzung nicht aufgestellt werden kann.

Also kann der Bestand der vom Nachbargrundstück zu erbringenden Ausnahmeveraussetzungen sowohl durch eine Grunddienstbarkeit zu Gunsten des mit einer Ausnahmeregelung bedachten Baugrundstücks als auch durch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu Gunsten des Wahrers der baulichen Ordnung gesichert werden.

Allerdings bestehen gegen die Zweckmäßigkeit einer Ergänzung der baulichen Ordnung durch Dienstbarkeiten Bedenken. Sie sind insbesondere darin zu sehen, daß die Bauordnungsbehörde auf den Bestand der baurechts-ergänzenden Grunddienstbarkeit keinen unmittelbaren Einfluß hat, und daß sie bei Zuwiderhandlungen gegen beschränkte persönliche Dienstbarkeiten auf den Zivilrechtsweg verwiesen ist. Deswegen erscheint eine Ergänzung durch die - vielleicht mit Einführung der Musterbauordnung bundeseinheitlich geltenden - öffentlich-rechtlichen Baulasten zweckmäßiger.

Es gibt 4 Grundfälle der Kollision zwischen baulicher Ordnung und Dienstbarkeiten, dadurch daß eine baurechtswidrige Grunddienstbarkeit¹ oder eine dienstbarkeitswidrige Norm den baulichen Zustand des herrschenden oder des dienenden Grundstücks als mit den Anforderungen der baulichen Ordnung nicht vereinbar erscheinen läßt. Die Bestellung einer baurechtswidrigen Dienstbarkeit ist möglich und kann auch mit den Genehmigungserfordernissen des Wohnsiedlungsgesetzes und des BBauGs nicht verhindert werden, weil diese nicht alle Fälle der Bestellung erfassen. Die Kollision tritt

¹Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten kommen als privatrechtliche Regelung des Baugeschehens mangels Dauergeltung nicht in Frage.

tatsächlich ein bei Erlaß eines Baugebotes oder bei Erteilung der Baugenehmigung.

Die einzige Möglichkeit, durch Zurücktreten der Anforderungen der baulichen Ordnung eine Kollision zu lösen, ist wegen des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung der Dispens. Dieser wird zwar häufig - auch unnötigerweise - erteilt, kann aber nicht alle Kollisionsfälle beseitigen.

Wenn der eine Grunddienstbarkeit erforderlich machende Zustand des herrschenden Grundstücks mit den Anforderungen der baulichen Ordnung kollidiert - als Hauptbeispiel kann das dienstbarkeitliche Fensterrecht für ein Fenster in der Brandmauer gelten - liegt keine echte Kollision vor. Vielmehr handelt es sich um eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung, die zur Folge hat, daß die Grunddienstbarkeit gegenstandslos wird und für das herrschende Grundstück nicht mehr von Vorteil ist. Deshalb kann der Verpflichtete Löschung verlangen. Wenn dieser Zustand des herrschenden Grundstücks trotz einer ihn verbietenden Baugenehmigung besteht, dann kann der Verpflichtete dem Verlangen des Berechtigten mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegen-treten. Er hat jedoch keinen Anspruch gegen die Bauordnungsbehörde darauf, daß diese die bauordnungs-widrige Anlage auf dem herrschenden Grundstück beseitigt, die zur Ausübung der Grunddienstbarkeit notwendig ist.

Eine echte Kollision ist dann gegeben, wenn die Regelung der Grunddienstbarkeit eine andere Baugestaltung auf dem dienenden Grundstück verlangt als die Regelung der baulichen Ordnung. Entgegen der Ansicht von PIETZONKA ist der Abwehranspruch des Berechtigten nach Erteilung einer der Bauordnung entsprechenden Baugenehmigung nicht gelähmt, weil der Bauanpassungszwang die Privatrechte Dritter nicht beeinträchtigen kann.

Bei einer Kollision durch Baugebot muß die Bauordnungsbehörde die entgegenstehende Grunddienstbarkeit enteignen, weil ein Verwaltungsakt vom Adressaten nicht etwas verlangen kann, wozu dieser rechtlich nicht in der Lage ist. Bei einer Kollision durch Baugenehmigung kann der Berechtigte auf Grund der Dienstbarkeit die Bauausführung grundsätzlich verhindern. In einigen besonderen Härtefällen ist er allerdings auf Grund des Gedankens des § 242 (Unzumutbarkeit, *clausula rebus sic stantibus*) an der Ausübung seines Rechtes gehindert und praktisch zum Verzicht auf die Dienstbarkeit gezwungen. Normalerweise ist der Verpflichtete jedoch, da es generell keine Ablösungsvorschrift gibt, auf eine nach dem BBauG mögliche Enteignung der bauhindernen Dienstbarkeit angewiesen. Dann hat er den Berechtigten zu entschädigen.

Aus der gesamten Untersuchung kann folgendes Fazit gezogen werden:

Die Bedeutung der Beziehungen zwischen baulicher Ordnung und Dienstbarkeiten ist nicht so groß, wie man auf den ersten Blick meinen sollte. Jedenfalls werden die Gebäudedienstbarkeiten bei einer intensiven und umfassenden baulichen Ordnung, die mit Baulasten arbeitet, ganz erheblich an Bedeutung verlieren - eine mit der immer weiter gehenden Beschränkung des Eigentums, insbesondere der Fragwürdigkeit der sog. Baufreiheit parallel laufende Erscheinung.

L e b e n s l a u f .

Mein Vater, Dr. jur. Dettmer Heinrich Zopfs, zuletzt Senator der Stadt Osnabrück, stammte aus Leer/Ostfr.. Er starb am 29. April 1958. Im Jahre 1930 hatte er meine Mutter, Ilse Zopfs geb. Lorenz, geheiratet.

Als zweiter Sohn wurde ich am 12. Januar 1934 in Schleswig geboren. Die Volksschule besuchte ich in Bremen, Meura (Thüringer Wald) und Leer/Ostfr. bis zum Herbst 1944. Seit 1947 wohnte unsere Familie in Osnabrück. Dort legte ich auf dem Ratsgymnasium am 3. März 1954 die Reifeprüfung ab.

Seit dem Sommersemester 1954 studierte ich vornehmlich in Münster Rechtswissenschaft, lediglich das 3. Semester verbrachte ich in Tübingen und das 4. in Bonn.

Am 10. Mai 1958 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt des Oberlandesgerichts Hamm/Westf. die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 1. August 1958 bin ich als Referendar im Vorbereitungsdienst und befinde mich zur Zeit in der letzten Ausbildungsstation bei dem Oberlandesgericht Oldenburg.

Meine Frau Edith geb. Zöllner heiratete ich am 8. April 1958. Wir wohnen seitdem in Schleddehausen, Landkreis Osnabrück.

